

**Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten in der
Zugewinnngemeinschaft gemäß §§ 1365 - 1369 BGB.**

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der
Rechts - und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität
zu
Münster**

vorgelegt von

Erich Lauhoff

Everswinkel Krs. Warendorf

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten in der
Zugewinnngemeinschaft gemäß §§ 1365 - 1369 BGB.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
=====

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der

W e s t f ä l i s c h e n W i l h e l m s - U n i v e r s i t ä t

z u

M ü n s t e r

vorgelegt von

Erich Lauhoff

Everswinkel Krs. Warendorf

1962



Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

Prof. Dr. Nörr

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1961

Inhaltsverzeichnis

	Seite
§ 1 Einleitung	1
E r s t e r A b s c h n i t t .	
Die Rechtsnatur der §§ 1365 - 1369 BGB.	
§ 2 Die Einordnung der §§ 1365, 1369 BGB	3
I. Keine Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit	4
II. Generelle Sanktionsversagung oder Mangel im Recht?	5
III. Die §§ 1365, 1369 BGB als Verfügungs- beschränkungen	9
1. Die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts als bloße Hilfsfunktion	9
2. Andere Ansicht von Schulz-Kersting	14
§ 3 Die §§ 1365, 1369 BGB als Verfügungsbeschrän- kungen besonderer Art	15
I. Relative Veräußerungsverbote ?	16
II. Absolute Veräußerungsverbote ?	19
III. Verfügungsbeschränkungen eigener Art	24
§ 4 Die zeitliche Geltung der §§ 1365, 1369 BGB, gefolgt aus ihrer Rechtsnatur	27
I. Eingreifen der Verfügungsbeschränkungen trotz wirksamen Verpflichtungsvertrages	28
1. Folgerung aus §§ 1365 - 1369 BGB	28
2. Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen	30
II. Der Anspruch des Dritten gegen den anderen Ehe- gatten auf Einwilligung in die Verfügung	36
1. Rechtsähnliche Fälle	37
2. Keine Besonderheiten für §§ 1365, 1369 BGB.....	40
Z w e i t e r A b s c h n i t t .	
Der Tatbestand der §§ 1365, 1369 BGB.	
§ 5 Gegenständliche Umschreibung des § 1365 BGB	42
I. Allgemeines	42

1. Verfügungen über "nahezu" das gesamte Vermögen.	42
2. Verfügungen über einen einzelnen Gegenstand ...	42
3. Ausschluß geringwertiger Gegenstände	43
4. Sukzessivverfügungen	44
II. Das Gesamtvermögen als Aktivvermögen	45
1. Wortinterpretation	46
2. Der Gesetzeszweck	47
III. Gegenstände des Gesamtvermögens	50
1. Allgemeines	50
2. Geld	50
3. Pfandrechte	52
IV. Subjektive oder objektive Theorie	54
1. Das Problem	54
2. Das Gesetz und seine Systematik	55
3. Vergleich mit scheinbar ähnlichen Fällen	58
V. Beschränkung des § 1365 BGB auf wertausschöpfende Verfügungen	60
1. Rechtsdogmatische Klärung	62
2. Tatsächlicher Inhalt des § 1365 BGB	64
3. Praktische Brauchbarkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	68
§ 6 Gegenständliche Umschreibung des § 1369 BGB	71
I. Der Schutzzweck des § 1369 BGB	71
II. Der Begriff "Gegenstände des ehelichen Haushalts".	73
1. Objektiv	73
2. Subjektiv	74
III. Die "Gegenstände" des § 1369 BGB	77
1. Allgemeines	77
2. Anspruch auf Überlassung einer Wohnung	77
3. Rechte und Ansprüche	80
a) Zahlungsansprüche	83
b) Ansprüche auf Gebrauchs- und Besitzüberlassung	84
§ 7 Die verbotswidrigen Verfügungen gemäß §§ 1365, 1369 BGB	87
I. Der Verfügungsbegriff im allgemeinen	87
II. Besitz- und Gebrauchsüberlassung	92
1. Für § 1365 BGB	92
2. Für § 1369 BGB	93

	Seite
III. Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung	97
1. Vollstreckung auf Grund eines Zahlungstitels...	97
2. Vollstreckung auf Grund eines Titels gemäß §§ 894 ff ZPO	98
a) Der Charakter des Titels	98
b) Die Interessenlage	99
c) Die Urteilstwirkungen	102
aa) Keine Rechtskrafterstreckung	102
bb) Keine Ersetzung der Zustimmung des anderen Ehegatten	103
3. Vollstreckung von Herausgabetiteln	107
 § 8	
Muß der verfügende Ehegatte Rechtsinhaber der Gegenstände der §§ 1365, 1369 BGB sein ?	108
I. Bei Verfügungen gemäß § 1365 BGB	108
II. Bei Verfügungen über Haushaltsgegenstände des anderen Ehegatten	109
1. Der Wortlaut des § 1369 BGB und rechtstheore- tische Gesichtspunkte	110
2. Teleologische Erwägungen	111
III. Verfügungen über Haushaltsgegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen	116
1. Bei beschränkt dinglichen Rechten	118
2. Bei dinglichen Anwartschaften	119
3. Bei schuldrechtlichen Ansprüchen zum Besitz..	120
 D r i t t e r A b s c h n i t t .	
Die materiellrechtlichen Folgen einer verbots- widrigen Verfügung.	
 § 9	
Allgemeine Wirkungen der verbotswidrigen Verfü- gung.....	123
I. Für den Bestand der Rechtsgeschäfte	123
II. Die Zustimmung und ihre Ersetzung	124
III. Wirkung der §§ 1365, 1369 BGB nur gegen den Ersterwerber	125
 § 10	
Kein Gutglaubensschutz des Dritten	127
I. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis allgemein.	127
II. Guter Glaube daran, daß die Sache gegenständlich nicht von der Verfügungsbeschr. erfaßt wird	132
1. Für § 1369 BGB	132
2. Für § 1365 BGB	132

§ 11	Ansprüche der Ehegatten gemäß §§ 1368, 1369 III BGB	136
I.	§ 1368 BGB als Prozeßstandschaft	136
II.	Ausschluß von Einwendungen	139
III.	Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts	145
	1. Gegenüber dem anderen Ehegatten	147
	2. Gegenüber dem handelnden Ehegatten	149
IV.	Die Empfangsberechtigung	151
§ 12	Sonstige Ansprüche der Beteiligten	156
I.	Ansprüche des zustimmungsberechtigten Ehegatten ...	156
	1. Bei Verfügungen entgegen § 1369 BGB	156
	2. Bei Verfügungen entgegen § 1365 BGB	157
II.	Ansprüche des Vertragsgegners	161
	1. Rückgewähransprüche	161
	2. Schadensersatzansprüche	162
	a) Allgemeines	162
	b) Unerlaubte Handlungen	163
	c) §§ 307, 309 BGB	164
	d) Culpa in contrahendo	166

V i e r t e r A b s c h n i t t .

Prozessuale Wirkungen der Verfügungsbeschränkungen.

§ 13	Die Prozeßführungsbefugnis der Ehegatten	167
I.	Die Prozeßführungsbefugnis allgemein	167
	1. Des Eigentümer-Ehegatten	167
	2. Des anderen Ehegatten	169
II.	Keine Unwirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen.....	169
	1. Tatsächliches prozessuales Verhalten	170
	2. Anerkenntnis und Verzicht	171
	3. Prozeßvergleich	174
§ 14	Der Umfang der Rechtskraftwirkung eines Urteils im Hinblick auf §§ 1365, 1369 BGB	175
I.	Keine Rechtskrafterstreckung	176
II.	Die Gegenansichten	181

	Seite
§ 15 Auswirkungen der fehlenden Rechtskraft- erstreckung	184
I. Keine Einrede der Rechtshängigkeit	184
II. Keine Umschreibung des Titels	184
III. Mittel zur Ausdehnung der Rechtskraft	185
1. Keine Streitverkündung an den anderen Ehegatten	186
2. Keine Duldungsklage	186
3. Feststellungsklage	188
§ 16 Maßnahmen des anderen Ehegatten gegen die zwangswei- se Durchsetzung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung	188
I. Die Klage aus § 771 ZPO	189
II. Keine Erinnerung nach § 766 ZPO	193

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greiff Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl., Berlin 1958, erläutert von Beitzke, Bolck, Brüggemann, Eggel, Glaser, Greiff, Johannsen, Kickebusch, Kregel, Leiss.
- Arnold, Egon Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, Berlin u. Frankfurt 1954.
- Bade Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes (§§ 1365, 1369) für die Übergangszeit und bei Änderung des Personenstands zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft, NJW 1958, 1957 f.
- Bärmann, Johannes Das neue Ehegüterrecht, AcP 157 (1958), 145 - 214;
Kritik am neuen Ehegüterrecht, JZ 1958, 225 - 230.
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, von Adolf Baumbach, bearb. von Wolfgang Lauterbach, 25. Aufl., München u. Berlin 1958.
- Baumgärtel, Gottfried Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeß, Berlin u. Frankfurt 1957.
- Baur, Fritz Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 1958, 252 - 257.
- Beitzke, Günther Familienrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1960.
Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, FamRZ 1954, 156 - 160.
Referenten-Schrifttum zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 1958, 166 ff.
Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP Bd. 68, 241 - 260.
- Berges, A. M. Das neue eheliche Güterrecht, in "Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen" (KTSch) 1958, 65 - 72.
- Bobrowski, Paul Die Verfügungsbeschränkung über ehelichen Hausrat, Rpfl 1959, 117 - 118.
- Boehmer, Gustav Die Gleichberechtigung der Frau im Ehe-recht: Eheliches Güterrecht, MDR 1950, 450 ff.
Einige kritische Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz, in Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Schriftenreihe "Recht und Wirtschaft", Berlin 1958, S. 25 ff.
Einige Fragen zu der sog. Vinkulierung

VII

- des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 1959, 1-6.
- ders.** Ergänzende Bemerkungen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 1959, 81 - 84.
- Bosch, Friedr. Wilh.** Familienrechtsreform, Siegburg 1952.
Bemerkungen zum "Gleichberechtigungsgesetz", FamRZ 1957, 189 - 196.
Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 1958, 81 ff.
Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme -, FamRZ 1958, 289 - 298.
Urteilsanmerkungen in FamRZ 1958, 376, 417; FamRZ 1959, 56, 240, 453.
- Cuntz, Max-Ernst** Rechtsgeschäfte mit einem Ehegatten, der in Zugewinnsgemeinschaft lebt, BB 1958, 1226 f.
- Dölle, Hans** Bemerkungen zum künftigen Güterstand, FamRZ 1954, 205 - 210.
- Eichler, Hermann** Institutionen des Sachenrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, Berlin 1954.
- Eißer, Georg** Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht, FamRZ 1959, 177 - 188.
- Enneccerus-Kipp-Wolff** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff.
I. Bd., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey; 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959; 2. Halbband, 14. Aufl., Tübingen 1955.
II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958.
III. Bd., Sachenrecht, 10. Bearb. von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957.
IV. Bd., Das Familienrecht, von Theodor Kipp und Martin Wolff, 7. Bearb., Marburg 1931.
- Erman-Goerke** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Walter Erman unter Mitwirkung von Heinz Goerke, 2. Aufl., Köln und Frankfurt 1958.
Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB-Kommentar, herausgegeben von Walter Erman unter Mitwirkung von Heinz Goerke, Münster 1958.
- Finke, Franz-Josef** Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 1957, 499 - 455, 514 - 521, 577 - 583, insbesondere S. 514 - 515.

VIII

ders.	Das künftige eheliche Güterrecht, JR 1957, 161 - 168
Foth, Heinrich	Über die Sachbefugnis, ZZP Bd. 68, 358 - 373.
Frank, Adolf	Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz ? NJW 1959, 135 - 136.
Gernhuber, Joachim	Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959, 465 - 475.
Habscheid, Walter Meyer, Klaus	Neues Familienrecht, Loseblattsammlung; I. Bd., Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, Bielefeld 1957; II. Bd., Fundstellen aus Rechtsprechung und Rechtslehre zum Gleichberechtigungsgesetz, Bielefeld 1958.
Haegeler, Karl	Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinnngemeinschaft im Grundstücksverkehr, Rpfl 1959, 4 - 10.
Hartung, Wolfgang	Der Schutz des guten Glaubens bei den Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechtigungsgesetzes, NJW 1959, 1020 - 1021.
Hellwig, Konrad	Anspruch und Klagerecht, Jena 1900. Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Henckel, Wolfram	Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZP Bd. 70, 448 - 465.
Hoche, Ulrich	Urteilsanmerkung in NJW 1958, 2069.
Hübner, Heinz	Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955.
Husslein, Ernst	Welche Verfügungsbeschränkungen gehören in das Grundbuch und welche nicht ? Dissertation, Erlangen 1949 (Maschinenschrift).
Jaeger, Ernst	Konkursordnung, 8. Aufl., Berlin 1958, bearbeitet von Friedrich Lent.
Kamnitzer, Bernhard Bohnenberg, Heinrich	Gleichberechtigungsgesetz und Bürgerliches Gesetzbuch, Ergänzungsband zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Heinrich Rosenthal, Köln und Berlin 1958.
Ketterer, Hermann	Die gewillkürte Prozeßstandschaft, Jur. Diss., Freiburg 1952.
Kisch, Wilhelm	Das Reichsgericht und der Parteibegriff, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. VI, Berlin und Leipzig 1929, S. 15 ff.
Knur, Alexander	Zugewinnngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen, DNotZ 1957, 451 - 483. Probleme der Zugewinnngemeinschaft, in

- Heft 83 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Opladen 1959.
- Koeniger, Hans Der Schutz der Familie in der Zugewinnsgemeinschaft, DRiZ 1959, 372 - 375.
- Kremer, Bruno Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten an Hausrat und Ehewohnung, Jur. Dissertation, Bonn 1956.
- Krüger-Breetzke-Nowack Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar von Hildegard Krüger, Ernst Breetzke, Kuno Nowack, München und Berlin 1958.
- Kuhnt, G. Die Regelung des Hausrats nach der Ehescheidung, in AcP 150, 130 - 163.
- Langheineken, Paul Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.
- Lent, Friedrich Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die prozessuale Stellung des Konkursverwalters, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Berlin und Leipzig 1929, VI. Bd., 273 - 308.
- Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ZZP Bd. 70, 401 - 422.
- Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP Bd. 72. 63 - 98.
- Lorenz, Werner Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft, JZ 1959, 105 - 109.
- Massfeller, Franz Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, in "Der Betrieb" 1957, 473, 499, 525, 623, 738, 1145.
- Gleichberechtigung und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen, herausgegeben vom Commerzbank-Bankverein, ohne Ort 1958.
- Massfeller, Franz Das Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, Köln und Berlin 1958.
- Reinicke, Dietrich Anmerkung in NJW 1958, 1729 - 1730 zum Beschluß des LG Detmold.
- Merdsche, Fritz Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte (Auswirkungen des § 1365 BGB n.F. auf das Grundstücksrecht), FamRZ 1959, 228 - 234.
- Meyer-Stolte, Klaus Zum Begriff "Hausrat" in der 6. DVO zum Ehegesetz, JR 1949, 435 - 437.
- Michaelis, H. Zur Praxis der Hausratsverordnung, NJ 1949, 110 - 111.
- Müller-Freienfels, Wolfram Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 1957, 685 - 696.
- Oertmann, Paul Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jher. Jahrb. Bd.66, 130 - 308.

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, 19. Aufl., München und Berlin 1960, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach und Rechenmacher.
- Pikalo, Alfred Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft auf das Landwirtschaftsrecht, RdL 1958, 281 - 290.
- Planck Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von E. Strohal; III. Bd., Sachenrecht, 1. Hälfte, bearbeitet von E. Brodmann und O. Strecker, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933; IV. Bd., Familienrecht, 1. Hälfte, bearbeitet von K. v. Unzner, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
- Pohle, Rudolf Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68, 260 - 278. Zur Vollstreckung bei Allein- und Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners, MDR 1954, 705 ff und 1955, 1 ff.
- Raape, Leo Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908.
- Rademacher Neue Fragen aus der Hausratsverordnung, NJ 1949, 210.
- Reichsgerichtsräte Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGRK); III. Bd., 1. Teil, Sachenrecht, 11. Aufl., Berlin 1959, bearbeitet von Johannsen, Kregel und Pritsch; IV. Bd., Familienrecht, 9. Aufl., Berlin 1940, bearbeitet von Buchwald, Hallamik und Beitzke.
- Reinicke, Dietrich Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, BB 1957, 564 - 568. Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 1957, 889 - 893.
- Reinicke, Dietrich Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Stuttgart 1957.
- Schwarzhaupt, Elisab. Die Rechtsprechung in Grundbuchsachen, JZ 1959, 597 ff und 630 ff.
- Riedel, Fritz
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1960.
- Saueracker, Gustav Der Begriff des gesetzlichen Veräußerungsverbotes, jur. Dissertation, Halle 1913.
- Schulin, Paul Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozeßrichter, DRiZ 1959, 76 - 80.

- Schulz-Kersting,
Willibald Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr, JR 1959, 81 - 86 und 134 - 139.
- Anmerkung zum Beschluß des LG Berlin in FamRZ 1959, 67 - 68.
- Seidl, Franz Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, Drucksache zu 3409 des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode, Bericht des Abgeordneten Seidl zum ehelichen Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, S. 5 - 8 = Bundestagssitzungsprotokoll S. 11828 - 11830.
- Sichter mann Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB, in "Der Betrieb" 1959, 163 - 164.
- Wie können die Gefahren der Zugewinnsgemeinschaft ausgeschlossen werden ? in BB 1959, 349 - 352.
- Siebert, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.
- Soergel, Hs. Th. Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, begründet von Hs. Th. Soergel, Gesamtreaktion Eberhard Butteweg, 8. Aufl., Stuttgart und Köln, Bd. I und II 1952, Bd. III 1955.
- v. Staudinger, J. J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch;
- I. Bd., Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin 1957;
- III. Bd., Sachenrecht, 1. Teil, erläutert von Hans Berg, Josef Ring, Günther Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956;
- IV. Bd., Familienrecht, 1. Teil, erläutert von Theodor Engelmann, herausgegeben von Fritz Keidel, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926;
- V. Bd., Erbrecht, 1. Teil, erläutert von Gustav Boehmer, Heinrich Lehmann und Karl Seybold, 11. Aufl., Berlin 1954.
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein und Martin Jonas, 18. Aufl., bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, I. Bd. Tübingen 1953, II. Bd. Tübingen 1956.
- Thiele, Wolfgang Miteigentumserwerb der Ehegatten an dem während der Ehe angeschafften Hausrat, FamRZ 1958, 115 - 120.

- Tiedau, Erwin Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft am 1. Juli 1958, insbesondere für die anwaltliche und notarielle Praxis, MDR 1958, 377 - 384.
- Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu den Beschränkungen des § 1365 BGB n.F., MDR 1959, 79 - 82.
- Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959, 253 - 258.
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Hälfte und II. Bd. 2. Hälfte, München und Leipzig 1914 bzw. 1918.
- Weber, Hans Die Zwangsvollstreckung in Mobilien nach dem Gleichberechtigungsgesetz, Rpfl 1959, 179 - 180.
- Westermann, Harry Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin, Bd. I, Teil 1 (§§ 1 - 107 ZPO), 1957;
Bd. II, Teil 1 (§§ 253 - 329 ZPO), 1957;
Bd. IV, Teil 1 (§§ 704 - 863 ZPO), 1958;
Bd. IV, Teil 2 (§§ 864 - 945 ZPO), 1958.
- Wörbelauer, Herbert Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen (§ 1365 BGB), NJW 1960, 793 - 798.
- Ziege, Hans Joachim Zur Auslegung des § 1369 BGB n.F., NJW 1957, 1579 - 1581 u. 1958, 131 - 132.
- Zunft Zur Auslegung des neuen § 1369 BGB, NJW 1958, 130 - 131.
- Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein ? NJW 1956, 735 f.

Soweit bei den Zitaten von Lehrbüchern und Kommentaren die Auflagen nicht besonders genannt sind, sind die im Literaturverzeichnis angeführten Auflagen gemeint.

§ 1

E i n l e i t u n g
=====

Der Bundesgesetzgeber hat durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 mit Wirkung vom 1. Juli 1958 die sog. Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand der Ehegatten eingeführt. Durch diese neuartige Gestaltung des gesetzlichen Güterstandes ist für die Rechtslehre und Rechtsprechung eine Fülle von Fragen aufgetaucht. Neuartig und ein besonderes Kennzeichen für den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft sind die Bestimmungen der §§ 1365 - 1369 BGB¹⁾. Danach kann trotz der vermögensrechtlichen Selbständigkeit der beiden Gütermassen der eine Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten sich nicht wirksam verpflichten, über sein Vermögen im ganzen oder über ihm gehörende Haushaltsgegenstände zu verfügen. Ebenso kann er eine solche Verpflichtung nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten erfüllen. Ziel der folgenden Darlegungen ist es, den Geltungsbereich, den Tatbestand und die Auswirkungen der §§ 1365, 1369 BGB zu untersuchen.

Dabei beschränken sich die Untersuchungen auf die Eingriffe in das Verwaltungsrecht der Ehegatten gemäß §§ 1365, 1369 BGB, die eine unmittelbare und gegenüber jedermann geltende Wirkung auf das Rechtsgeschäft des Ehegatten mit dem Dritten ausüben. Diese vorerst als Verwaltungsbeschränkungen bezeichneten Bindungen sind die alleinigen Hindernisse in der sonst freien Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Ehegatten, die eine unmittelbare Außenwirkung gegenüber Dritten haben. In dieser verfassungsrechtlichen Gebundenheit des Vermögens liegt sachenrechtlich der einzige Unterschied zur Rechtsposition der Ehegatten, die im vertraglichen Güterstand der Gütertrennung leben, deren Vermögen keinen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt.

Im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gibt es außerdem nur noch einige mittelbare Beschränkungen des sonst freien Verwaltungs- und Verfügungsrechts der Ehegatten insofern,

1) Die Paragraphen des BGB und der ZPO gelten in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes; soweit die Fassung vor dem 1. Juli 1958 gemeint ist, werden die Paragraphen mit a.F. (alte Fassung) bezeichnet.

als gewisse Vermögensminderungen nach § 1375 II BGB beim Ausgleich des Zugewinns nachteilig berücksichtigt und wertmäßig dem Endvermögen zugerechnet werden. Diese unentgeltlichen, verschwenderischen und bewußt den anderen Ehegatten schädigenden Rechtshandlungen des Vermögensinhabers bleiben in ihrer Wirksamkeit jedoch unberührt. Sie werden beim Ausgleich des Zugewinns nur schuldrechtlich berücksichtigt und können zur Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns gemäß § 1386 II BGB führen; sie haben daher keine unmittelbare Wirkung auf die Autonomie der Ehegatten²⁾ und werden deshalb nicht unter den Begriff Verwaltungsbeschränkungen gerechnet.

2) So Bosch in FamRZ 1959,56 (Urteilsanm.)

E r s t e r A b s c h n i t t .

Die Rechtsnatur der §§ 1365, 1369 BGB.

Aus der Rechtsnatur und systematischen Einordnung der Verwaltungsbeschränkungen ergeben sich wesentliche Anhaltspunkte für die Beantwortung zahlreicher Fragen, die sich im Verlauf der Untersuchungen stellen werden. Daraus lassen sich zum Beispiel Argumente für den zeitlichen Geltungsbereich der Verwaltungsbeschränkungen, für die Frage des Schutzes des gutgläubigen Vertragspartners des Ehegatten und des Grades der Unwirksamkeit (relative oder absolute, schwebende oder endgültige) des verbotenen Rechtsgeschäfts herleiten. Ob ausnahmsweise der gutgläubige Vertragspartner des Ehegatten durch die sog. subjektive Theorie geschützt werden kann, wird sich ebenfalls nach der Rechtsnatur der Verwaltungsbeschränkungen richten. Diese soll daher vorweg herausgestellt werden.

§ 2

Die Einordnung der §§ 1365, 1369 BGB.

=====

Für den Inhalt der Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten ist zunächst von Bedeutung, daß die §§ 1365, 1369 BGB auf die sachenrechtliche Zuordnung der Vermögensmassen keinen Einfluß haben. Jeder Ehegatte bleibt alleiniger Eigentümer der ihm gehörenden Vermögensgegenstände. Der durch § 1363 II 1 BGB ausgesprochene Grundsatz der vermögensrechtlichen Selbständigkeit der beiden ehelichen Gütermassen wird durch die Verwaltungsbeschränkungen nicht berührt.³⁾ Dem anderen Ehegatten wird außer dem

3) Die Bezeichnung Zugewinngemeinschaft entspricht daher keineswegs den tatsächlichen Rechtsverhältnissen. Es handelt sich vielmehr um eine echte Gütertrennung mit den Bindungen der §§ 1365, 1369 BGB und gewissen Kontrollrechten; vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, Bem. 4 vor §§ 1369-1390; Barmann, JZ 1958, 225 ff (226); Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13, Einlgt.; Wörbelaue, NJW 1960, 793 Note 1).

Recht, bei Rechtsgeschäften der in §§ 1365, 1369 BGB bezeichneten Art mitzuwirken und die Folgen eines ohne seine Mitwirkung vorgenommenen Rechtsgeschäfts zu beseitigen (§ 1368 BGB), keine weitere Befugnis hinsichtlich des Vermögens seines Ehegatten eingeräumt. Insbesondere steht ihm kein dingliches Recht an den Gegenständen seines Ehepartners zu. Andererseits erschöpft sich seine Rechtsstellung auch nicht in einer rein schuldrechtlichen Beziehung zu seinem Ehepartner.⁴⁾ Vielmehr erstreckt sich die Wirkung der sog. Verwaltungsbeschränkungen auch auf Dritte, die bestimmte Rechtsgeschäfte mit dem Ehegatten ohne Einwilligung des anderen Ehegatten nicht vornehmen können. Es besteht eine Außenwirkung.

Wie läßt sich dieser Eingriff in das rechtliche Können des einen Ehegatten und die Außenwirkung gegenüber Dritten rechtssystematisch einordnen ?

I. Keine Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit.

Rein äußerlich zeigen die §§ 1365 - 1369 BGB eine starke Ähnlichkeit mit den Regeln über die beschränkte Geschäftsfähigkeit, vor allem mit den §§ 107, 108, 109, 111 BGB. Insbesondere ergreift die schwebende Unwirksamkeit in beiden Fällen auch den Verpflichtungsvertrag des Geschäftsführers. Ferner kann die schwebende Unwirksamkeit in beiden Fällen durch die Willenserklärung eines Dritten zur vollen Wirksamkeit umgewandelt werden.

Dennoch beschränken die §§ 1365, 1369 BGB den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, nicht in seiner Geschäftsfähigkeit. Denn eins ist allen Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt sind, gemeinsam: Ihr Wille wird von der Rechtsordnung wegen bestimmter mangelhafter Eigenschaften als rechtlich nicht vollwertig behandelt. Die Ursache für

4) Bosch u. Boehmer sprechen daher von einer "funktionellen Gütergemeinschaft" im Gegensatz zur sachenrechtlichen Gemeinschaft, um auszudrücken, daß eine gemeinsame, über rein schuldrechtliche Beziehungen hinausgehende, gegenseitige Bindung besteht. Vgl. Bosch, Familienrechtsreform, S. 112; FamRZ 1958, 87, 294, 296; 1959, 56; Boehmer, MDR 1950, 451, 456; FamRZ 1959, 1.

diese Folgen ergibt sich also einmal aus der Person des Betroffenen selbst, aus einer ihr anhaftenden Eigenschaft⁵⁾; zum anderen muß diese Eigenschaft negativer Art sein. Das Gesetz bestimmt z.B. die fehlende sittliche oder verstandesmäßige Reife Minderjähriger oder Geistesschwacher sowie die mangelnde Willensstärke des Verschwenders und Trinkers als Eigenschaften, die eine Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit zur Folge haben. Alle diese Eigenschaften haben nachteilige Wirkungen auf die Willensfähigkeit des Betroffenen, die ein Fernhalten vom Rechtsverkehr in einem bestimmten Umfang erforderlich machen.

Derartige Willensmängel sind jedoch nicht die Ursache für das Unvermögen der Ehegatten, die in §§ 1365, 1369 BGB bestimmten Rechtsgeschäfte allein vornehmen zu können. Vielmehr sind diese Rechtsgeschäfte unwirksam, obwohl Verstandesreife und Willensstärke des verfügenden Ehegatten nicht mit Mängeln behaftet sind. Andere Umstände als Mängel im Willen sind vom Gesetz nicht als Grundlage für eine Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit anerkannt. Wenn der Wille eines Menschen als vernünftig gilt, so kann die Geschäftsfähigkeit nicht nur zu dem Zweck in Frage gestellt werden, bestimmten Rechtsgeschäften des Handelnden den Erfolg zu versagen. Ein solcher Weg würde eine Verkenning des Verhältnisses von Mittel und Ziel und eine Mißachtung der menschlichen Würde bedeuten; denn nach der Rechtsfähigkeit ist die Geschäftsfähigkeit die wertvollste rechtliche Eigenschaft eines Menschen.

II. Generelle Sanktionsversagung oder Mangel im Recht ?

1) Wesensmerkmal eines Rechtsgeschäfts ist neben der Willensübereinstimmung die Sanktion des gewollten Rechtserfolges durch die Rechtsordnung. Die Sanktionsversagung kann dabei in vielfältiger Intensität (Nichtigkeit, schwebende, absolute oder relative Unwirksamkeit) und subjektiver Reichweite auftreten. Unter genereller Sanktionsversagung werden dabei die Fälle verstanden, in

5) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 367; "Persönliche Beschaffenheit des Rechtssubjekts"; v. Staudinger-Coing, 11. Aufl., Vorbem. 12 vor § 104 BGB.

denen das Gesetz einem Rechtsgeschäft allgemein die rechtliche Billigung und den Rechtsschutz nicht zuerkennt, weil es das Rechtsgeschäft allein seines Erfolges oder der Art seiner Vornahme wegen generell nicht zulassen will. Deshalb gibt es keine Genehmigung des Rechtsgeschäfts oder eine Befreiung von dem Verbot der Vornahme. Hierzu gehören zum Beispiel die zahlreichen Formvorschriften, die Nichtigkeitsanordnungen in §§ 310, 312 BGB und die Unübertragbarkeit von Rechten gemäß §§ 399, 1059, 1300 II BGB. Der Grund, weshalb die Rechtsordnung solchen Geschäften ihre Billigung versagt, ist jeweils ein genereller, der für alle Personen in gleicher Weise zutrifft. Er liegt nicht in der Eigenschaft einer bestimmten Person oder Personengruppe.

Die Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand können dieser Gruppe nicht zugerechnet werden, weil durch sie nicht die generelle Unwirksamkeit einer bestimmten Geschäftsgattung für jedermann angeordnet ist. Vielmehr liegt bei §§ 1365, 1369 BGB der Hinderungsgrund in der Person des Ehegatten. Dieser kann deshalb das Rechtsgeschäft mit Genehmigung des anderen Ehegatten vornehmen. Der Erfolg soll daher nicht schlechthin ausgeschlossen sein.

2) Bei dem sog. Mangel im Recht⁶⁾ kann der Verfügende deshalb keine wirksame Verfügung über einen Gegenstand herbeiführen, weil bei ihm ein Mangel in der Zuordnung dieses Gegenstandes besteht. Soweit der Gegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet oder die Zuordnung keine endgültige ist, wie bei den bedingten Rechten, unterliegt schon die Rechtsinhaberschaft einer inhaltlichen oder zeitlichen Schranke. Da die Verfügungsbefugnis sich aber aus dem Umfang der Rechtsinhaberschaft ergibt⁷⁾, leidet auch diese an dem Mangel. Soweit das Recht des Dritten, das sich aus der dinglichen Belastung oder aus der Anwartschaft herleitet, beeinträchtigt wird, kann der Eigentümer nicht über den Gegenstand vollwirksam verfügen.

6) Vgl. dazu Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot, S. 24, 25 und 135 ff., der auch von scheinbaren Verfügungsbeschränkungen durch Rechtskollision oder bei revokablen Rechten spricht und sie zu Recht scharf von den echten Verfügungsbeschränkungen trennt, da es an der Singularität des Eingriffs fehlt. Zustimmend Oertmann, Relative Rechtszuständigkeit, Jher. Jb. Bd. 66, 246, 247.

7) Vgl. Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl., § 76 I 4.

Die fehlende Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers ist dabei nur eine sekundäre Folge der beschränkten, nicht umfassenden Zuordnung. Sie beruht nicht auf einem darüber hinausgehenden, selbständigen Eingriff in die Verfügungsbefugnis. So kann der Eigentümer, der eine Sache verpfändet hat, nur deshalb kein lastenfreies Eigentum übertragen, weil die Sache ihm nicht mehr allein und uneingeschränkt zugeordnet ist, sondern dem Pfandgläubiger ebenfalls ein Recht an der Sache zusteht. Da die Verfügungsbefugnis sich aus der dinglichen Berechtigung herleitet und nur eine der Erscheinungsformen des komplexen dinglichen Rechts ist, mindert sich mit dem Umfang der Zuordnung auch der Umfang der Verfügungsbefugnis. Die Verfügungsbefugnis steht daher zu dem ihr zugrunde liegenden Recht im Verhältnis der Akzessorietät. Denn die Verfügungsbefugnis ist nichts anderes als ein sich aus der Beziehung des Rechtsinhabers zu dem Gegenstand ergebendes rechtliches Können, nämlich über den Gegenstand zu verfügen.⁸⁾

Die §§ 1365, 1369 BGB schaffen einen Mangel im Recht der gekennzeichneten Art nicht. Denn die Zuordnung der Gegenstände des ehelichen Haushalts oder des Gesamtvermögens wird durch diese Vorschriften nicht angetastet. Jeder Ehegatte bleibt auch nach der Heirat Alleineigentümer der ihm gehörenden Gegenstände. Sein Eigentum wird ferner nicht durch irgendeine Rechtszuständigkeit des anderen Ehegatten eingeschränkt. Insbesondere schafft die bloße Mitwirkungsbefugnis des anderen Ehegatten bei den in §§ 1365, 1369 BGB genannten Verfügungen kein Sachenrecht an den Gegenständen des Vermögensinhabers. Die Befugnis des anderen Ehegatten wirkt zwar auf den Bestand des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts des handelnden Ehegatten ein; diese Folge ergibt sich aber nicht als sekundäre Wirkung aus einem Mangel in der dinglichen Zuordnung. Sie beruht vielmehr allein auf einem besonderen Eingriff in die Verfügungsbefugnis des Vermögensinhabers, ohne daß dessen Rechtszuständigkeit beeinträchtigt wird. Der Eingriff ist somit singulär, d.h. er enthält einen Ausnahmecharakter und ergreift allein die Verfügungsbefugnis als solche, nicht auch die Zuordnung.

8) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, Bd. II, 14. Aufl., § 144 I; v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 365, 366.

Die Singularität ist aber ein wesentliches Kennzeichen der echten Verfügungsbeschränkungen. Diesen ist gemeinsam, daß bei ihnen die Verfügungsbefugnis eine dem allgemeinen Inhalt des zugrunde liegenden Rechts nicht entsprechende Beeinträchtigung erfährt.⁹⁾ Obwohl dem Vermögensinhaber nach dem Inhalt des Rechts die Verfügungsbefugnis an sich zusteht, ist sie ihm bei den singulären Verfügungsbeschränkungen ausnahmsweise entzogen.

Durch die §§ 1365, 1369 BGB erfährt das Recht des Ehegatten an seinem Vermögen auch keine zeitliche Einschränkung, woraus sich etwa ein Mangel im Recht ergeben könnte. Solche zeitlichen Schranken können zwar für die Person des Begünstigten eine Anwartschaft begründen und so das Recht des Eigentümers inhaltlich beeinträchtigen. Die Verfügungsbefugnis kann dadurch ausgeschlossen werden, wie insbesondere § 161 I 1 BGB zeigt. Ein dingliches Anwartschaftsrecht des anderen Ehegatten, das auf die Zuordnung des Vermögens des einen Ehegatten unmittelbaren Einfluß hätte, besteht aber in der Zugewinnngemeinschaft nicht. Zwar dienen die Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten, insbesondere § 1365 BGB auch der Sicherung des künftigen Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten, der nach Beendigung des Güterstandes entsteht (§§ 1371 ff BGB). Aber dessen Anspruch, nach Beendigung des gesetzlichen Güterstandes den Ausgleich des erzielten Zugewinns zu fordern, ist rein schuldrechtlicher Natur. Er ist auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet, wie sich aus den Begriffen "Zahlung" und "Verzinsen" in § 1382 I und II BGB ergibt. Eine dingliche Rechtsänderung tritt mit Beendigung des Güterstandes nicht ein. Auch die Übertragung von Gegenständen des einen Ehegatten auf den forderungsberechtigten Gatten zwecks Erfüllung des Ausgleichsanspruchs gemäß § 1383 BGB erfolgt nur zur Berichtigung des schuldrechtlichen Anspruchs und nicht etwa kraft Eintritts einer Bedingung. Die Erwerbsaussicht des anderen Ehegatten stellt

9) So Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot, S. 22 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, II, 14. Aufl., § 144 II und Note 6 dazu; Oertmann, Relative Rechtszuständigkeit, Jher. Jb. 66, 250; Planck-Flad, BGB, 4. Aufl., § 135 Bem. I 1 a; Husslein, Welche Verfügungsbeschränkungen gehören ins Grundbuch und welche nicht?, S. 20; a. A. v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 367, der den Begriff der Verfügungsbeschränkung weiter faßt und auch zeitliche und inhaltliche Schranken dazu rechnet.

daher keine dingliche Anwartschaft dar.¹⁰⁾ Mit der Beendigung des Güterstandes erstarkt der künftige, bedingte Anspruch nur zu einem unbedingten, aber weiterhin schuldrechtlichen Anspruch.

Diese nur schuldrechtliche Anwartschaft kann auf die dingliche Zuordnung der Sachenrechte keine Wirkung ausüben. Insbesondere hindert eine solche in keinem Falle die freie Verfügung dessen, gegen den sich die Anwartschaft richtet. Rein schuldrechtliche Ansprüche zu sichern, obliegt vielmehr gerade den singulären Verfügungsbeschränkungen. Diese sind vom Gesetz häufig zur Erfüllung dieses Zwecks vorgesehen.¹¹⁾

Auf einem Mangel im Recht des Eigentümer-Ehegatten beruht daher die fehlende Verfügungsbefugnis nicht. Der Eingriff in die Verfügungsbefugnis der Ehegatten, wie er durch die §§ 1365, 1369 BGB erfolgt, ist vielmehr singulär. Damit weisen diese Bestimmungen ein Kennzeichen auf, das für die echten Verfügungsbeschränkungen wesentlich ist.

III. Die §§ 1365, 1369 BGB als Verfügungsbeschränkungen.

1) Ob die §§ 1365, 1369 BGB nun tatsächlich echte Verfügungsbeschränkungen enthalten, hängt weiterhin davon ab, ob damit der Umstand vereinbar ist, daß nach diesen Vorschriften auch der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag unwirksam ist. Kann bei dieser Doppelwirkung noch von einer bloßen Verfügungsbeschränkung gesprochen werden ?

Im Wesen der singulären Verfügungsbeschränkungen liegt es allerdings nicht begründet, daß auch das Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist, das auf die verbotswidrige Verfügung abzielt. Da

10) Den Versuch Bärmanns in AcP 157, 172 ff, den künftigen Ausgleichsanspruch aus einem anderen Grunde als Anwartschaft zu konstruieren, bezeichnet Bärmann selbst als eine "ungewöhnliche Argumentation" (JZ 1958, 227). An anderer Stelle kennzeichnet er jedoch die §§ 1365, 1369 BGB ausdrücklich als Verfügungsbeschränkungen (JZ 1958, 226; AcP 157, 159). Gegen Bärmann auch Knur, Probleme, S. 25 Anm. 70.

11) So werden durch die auf Grund einstweiliger Verfügung erlassenen richterlichen Veräußerungsverbote (§ 938 II ZPO, § 136 BGB) schuldrechtliche Ansprüche gesichert. Ebenso sichern die Verfügungsbeschränkungen gegen den Gemeinschuldner (§§ 6, 7 KO) schuldrechtliche Ansprüche der Konkursgläubiger.

sich nämlich die Verfügungsbefugnis aus der dinglichen Rechtszuständigkeit ergibt, kann ein Eingriff in sie auch nur die dingliche Seite des Rechtsgeschäfts betreffen. Die Verfügungsbeschränkung als solche läßt daher das Verpflichtungsgeschäft unberührt. Das bestätigen die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 135, 136, 1395 a.F., 2211 BGB und §§ 6, 7 KO. Die durch diese Bestimmungen beschränkten Personen können sich zu einer rechtsgeschäftlichen Verfügung verpflichten, deren Erfüllung ihnen nicht möglich ist, weil die Verfügungsbeschränkung eingreift.¹²⁾

Obwohl die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts sich nicht aus dem Wesen einer Verfügungsbeschränkung ergibt, enthalten die §§ 1365 - 1369 BGB dennoch ihrem Charakter nach reine Verfügungsbeschränkungen. Es wird sich nämlich zeigen, daß die Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages nur eine Hilfsfunktion ist, die der Verfügungsbeschränkung dient und ihr untergeordnet ist. Eine eigenständige Bedeutung kommt ihr nicht zu. Der nachfolgende Vergleich mit den übrigen bekannten Verfügungsbeschränkungen wird den Beweis für diese Behauptung erbringen. Es wird sich zeigen, daß jede Verfügungsbeschränkung durch irgendeinen Hilfsstatbestand ergänzt wird, der verhindern soll, daß aus dem schuldrechtlichen Vertrag auf Leistung geklagt und aus dem Urteil vollstreckt werden kann.

Bei den Verfügungsbeschränkungen nach §§ 135, 136, 2211 BGB, § 1395 BGB a.F. und §§ 6, 7 KO, die alle den Schutz bestimmter Personen bezwecken, konnte der Gesetzgeber den schuldrechtlichen Vertrag unangetastet lassen, weil eine auf Grund dessen erhobene Leistungsklage den Zweck der Verfügungsbeschränkung nicht vereiteln kann. Da der Vertrag wirksam ist, muß dem Klageantrag des Vertragsgegners zwar entsprochen und der in der Verfügungsbefugnis Beschränkte zur Leistung verurteilt werden. Aber die aus diesem Urteil betriebene Zwangsvollstreckung bleibt ganz oder zum Teil, je nachdem wie weit der Schutzzweck der Beschränkung reicht, erfolglos. Denn das Gesetz hat Sicherheitsnormen geschaffen, um eine Vollstreckung zu verhindern, welche die Verfügungsbeschränkung vereiteln würde. Für die relativen Veräußerungsverbote der

12) So ausdrücklich § 1399 I BGB a.F.; im übrigen unstreitig.

§§ 135, 136 BGB enthält § 135 I 2 BGB diese Sicherheitsnorm. Danach kann die Zwangsvollstreckung zwar durchgeführt werden, sie ist aber relativ unwirksam, wenn dadurch das Veräußerungsverbot ausgeschaltet würde. Indem das Gesetz die Zwangsvollstreckung der rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichstellt, wird das Ziel der relativen Unwirksamkeit auch im Falle einer Klage aus dem Verpflichtungsvertrag erreicht, ohne die Wirksamkeit des Vertrages selbst antasten zu müssen. Derselbe Erfolg wird bei den übrigen Verfügungsbeschränkungen mit relativer Schutztendenz dadurch erreicht, daß gegen den Geschützten oder dessen Repräsentanten ein Leistungs- oder Duldungstitel für erforderlich erklärt wird¹³⁾ oder daß die Zwangsvollstreckung aus Titeln gegen den Rechtsinhaber generell nicht zugelassen wird.¹⁴⁾ Die Sicherungsmaßnahme ist in diesen Fällen gegenüber §§ 135, 136 BGB weiter vorverlegt, indem schon bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung und nicht erst durch Gestaltung der materiellen Rechtslage das Interesse der geschützten Personen berücksichtigt wird.¹⁵⁾

Die beiden Fallgruppen zeigen, daß die Beschränkung des Rechtsinhabers in seiner Verfügungsbefugnis das Primäre ist. Nur um eine Verurteilung aus dem wirksamen Verpflichtungsgeschäft zu verhindern, hat sich das Gesetz gewisser, im einzelnen durchaus verschiedener Hilfsmaßnahmen bedient. Sie haben allein den Zweck, eine Verfügungswirkung auf dem Umwege der Zwangsvollstreckung zu

13) Vgl. die Duldungstitel gegen den Ehemann im früheren gesetzlichen Güterstand gem. § 739 ZPO a.F., gegen den Testamentsvollstrecker gem. § 748 II ZPO und die Leistungstitel gegen den Testamentsvollstrecker gem. § 748 I, III ZPO.

14) So im Falle des Konkurses: § 14 I KO.

15) Dieser Unterschied in der Zwangsvollstreckung ist ein weiterer, bisher nicht genügend beachteter Grund dafür, daß die §§ 1395 a.F., 2211 BGB und §§ 6, 7 KO keine relativen Veräußerungsverbote enthalten, sondern absolut wirkende Verfügungsbeschränkungen. Das Gesetz hätte sich in diesen Fällen mit einer relativen Unwirksamkeit begnügen können; dann hätte es aber konsequenterweise auch die Zwangsvollstreckung der relativen Unwirksamkeit unterwerfen müssen. Das ist aber eben nicht geschehen (vgl. Noten 13 und 14). Für § 1395 a.F., § 2211 BGB ist die absolute Unwirksamkeit kaum noch bestritten; dagegen besteht immer noch erheblicher Streit zu §§ 6, 7 KO (vgl. dazu Jaeger-Lent, KO, 8. Aufl., Bem. 8 zu § 7 mit umfassenden Nachweisen; ferner Zunft in NJW 1956, 735 ff.).

vermeiden. Eine weitere, eigenständige Bedeutung haben sie nicht.

In §§ 1365, 1369 BGB tritt uns die bei jeder Verfügungsbeschränkung notwendige Hilfsfunktion in der Form der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts entgegen. Die Regelung ist zwar neuartig, wenigstens bei echten Verfügungsbeschränkungen. Der Sinn und Zweck geht aber nicht weiter als die Duldungsklage oder die relative Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung. Insbesondere sollte durch die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts keine weitergehende Wirkung als eine bloße Hilfsfunktion zugunsten der Verfügungsbeschränkung eingeführt werden. Eine eigenständige Bedeutung hat auch die Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages nicht. Das ergibt sich aus dem Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB, der in § 1368 BGB seinen sichtbaren Ausdruck gefunden hat. Danach sollen lediglich die Wirkungen einer rechtsgeschäftlichen Verfügung verhindert oder rückgängig gemacht werden. Ein darüber hinausgehendes Interesse, den handelnden Ehegatten etwa wie einen Minderjährigen vor den Folgen einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zu bewahren, besteht nicht.

Die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ist nur deshalb angeordnet, weil die sonst zur Verfügung stehenden Hilfsfunktionen im Rahmen der §§ 1365, 1369 BGB nicht verwertbar sind.

Die in § 135 II BGB angewandte Methode, die Zwangsvollstreckung aus dem Leistungstitel für relativ oder auch absolut unwirksam zu erklären, wäre dem beabsichtigten strengen, gegenüber jedermann wirkenden Schutz nicht gerecht geworden. Der Dritte hätte dann immer ein Leistungsurteil erwirken und die Vollstreckung einleiten können. Der andere Ehegatte wäre von vornherein in die Verteidigerposition gedrängt worden, obwohl nach der Gesamtkonzeption der §§ 1365-1369 BGB der Schutz des anderen Ehegatten und der Familie den Vorrang haben soll.¹⁶⁾ Abgesehen davon würde eine Wahrnehmung der Interessen durch den anderen Ehegatten wegen der psychologischen Situation, in der einander vertrauende Ehegatten sich befinden, häufig unterbleiben.

16) Der beabsichtigte Vorrang der Interessen des anderen Ehegatten und der Familie zeigt sich darin, daß selbst der verfügende Ehegatte sich auf die Verfügungsbeschränkung berufen kann (§ 1368 BGB) und der gute Glaube des Dritten nicht geschützt ist.

Ein Duldungstitel konnte ebenfalls nicht in Betracht kommen. Das wäre im Rahmen des in §§ 1365 - 1369 BGB gesetzten Zieles kaum durchführbar gewesen. Denn nicht jede Zwangsvollstreckung in das Gesamtvermögen oder in Haushaltsgegenstände sollte vermieden werden, sondern nur eine solche, die auf Grund einer verbotswidrigen rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zur Verfügung über diese Gegenstände eingeleitet wird, die Vollstreckung eines Urteils also, das eine rechtsgeschäftliche Verfügung gem. § 894 ZPO ersetzt. Allerdings hätte man theoretisch einen Duldungstitel nur für die Vollstreckung derjenigen Urteile fordern können, durch die eine rechtsgeschäftliche Verfügung gem. § 894 ZPO ersetzt werden soll. Praktisch wäre diese Lösung aber auf erhebliche Schwierigkeiten gestoßen. Denn der Gerichtsvollzieher hätte vor Beginn der Vollstreckung zu prüfen gehabt, ob die Vollstreckung des Urteils eine verbotswidrige Verfügung bewirken würde und ob deshalb zusätzlich ein Duldungstitel gegen den anderen Ehegatten erforderlich wäre. Damit wäre er sicherlich überfordert worden. Denn der Leistungstitel gibt über diese Fragen keine Auskunft. Der Gerichtsvollzieher hätte selbst feststellen müssen, ob die wegzunehmende Sache das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmacht oder zu den Gegenständen des ehelichen Haushalts gehört. Diese Schwierigkeit wird durch die jetzige gesetzliche Regelung ausgeschaltet. Nach ihr hat bereits der Richter im Erkenntnisverfahren zu prüfen, ob der schuldrechtliche Vertrag auf eine verbotswidrige Verfügung abzielt und deshalb nach §§ 1365 I 1, 1369 I BGB unwirksam ist.

Daß dem Verfügungsgeschäft in §§ 1365, 1369 BGB primäre und entscheidende Bedeutung zukommt, zeigt auch § 1367 BGB, der sich mit einseitigen Rechtsgeschäften befaßt. Danach sind auch solche einseitigen Verfügungen unwirksam, die nicht der Erfüllung eines schuldrechtlichen Vertrages dienen, sondern von ihm losgelöst sind wie z. B. die pereliktion.

Nur weil die Verfügungsbeschränkung das gesamte Institut der §§ 1365, 1369 BGB beherrschend kennzeichnet, konnte das Verpflichtungsgeschäft eine Gestaltung erfahren, die ihm im Grunde fremdartig ist. Daß ein schuldrechtlicher Vertrag geschäftsfähiger Personen in seiner Wirksamkeit von der Zustimmung einer dritten Privatperson abhängig ist, widerspricht grundsätzlich der

rein personenrechtlich zu verstehenden, schuldrechtlichen Bindung der im eigenen Namen handelnden Vertragsparteien und steht im BGB neben §§ 1444 - 1446 BGB a.F. wohl einmalig da. Die rechtliche Bindung der Vertragsparteien beruht sonst allein auf ihrem erklärten Willen und wird durch entgegenstehende Rechte oder Ansprüche Dritter nicht beeinträchtigt. Ebenso wie ein Kaufvertrag über eine fremde Sache gültig ist, ist grundsätzlich ein Verpflichtungsgeschäft wirksam, das wegen einer bestehenden Verfügungsbeschränkung nicht erfüllt werden kann.

2) Schulz-Kersting¹⁷⁾ will den Charakter des § 1365 BGB als Verfügungsbeschränkung in Frage stellen, indem er aus dem Wortlaut des § 1365 I 2 BGB herleitet, daß nicht nur rechtsgeschäftliche Verfügungen über das Gesamtvermögen, sondern darüber hinaus jegliche Erfüllungshandlungen von der Beschränkung erfaßt würden, die sich auf ein Verpflichtungsgeschäft beziehen, welches das Gesamtvermögen zum Gegenstand hat. Diese Ansicht, die er aus dem Wörtchen "erfüllen" herleitet, widerspricht schon dem Wortlaut des Gesetzes, der an anderer Stelle klar wird. § 1365 I 1 BGB und § 1368 BGB, die sich beide auf § 1365 I 2 BGB beziehen, verwenden ausdrücklich die Begriffe "verfügen" und "Verfügung" und stellen klar, daß nur rechtsgeschäftliche Verfügungen durch die Beschränkung verhindert werden sollen. Für einen weitergehenden Entzug der Verwaltungsbefugnis entgegen dem Grundsatz des § 1364 BGB ergibt sich kein Anhaltspunkt. Daß § 1365 I 2 BGB nicht von einer Verfügungsbeschränkung über das Vermögen im ganzen spricht, hat nur rechtstechnische Bedeutung. Da es im Zivilrecht keine einheitliche Verfügung über einen Inbegriff von Gegenständen gibt, war es richtiger, das Erfüllungsgeschäft anders zu umschreiben. Eine weitergehende Bedeutung kommt dem von § 1369 BGB abweichenden Wortlaut dieser Bestimmung nicht zu.¹⁸⁾

Damit steht einer Kennzeichnung der §§ 1365, 1369 BGB als echte, singuläre Verfügungsbeschränkungen nichts mehr im Wege, wie

17) Schulz-Kersting, JR 1959, 136, 137.

18) So Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 62 VI 1 für § 1444 BGB a.F.

das in der Literatur überwiegend geschieht.¹⁹⁾ Der bisweilen²⁰⁾ verwandte und auch hier wegen der anfänglichen Neutralität gebrauchte Begriff "Verwaltungsbeschränkungen" ist ungenau. Denn die §§ 1365, 1369 BGB entziehen den Ehegatten nicht die gesamte Verwaltungsbefugnis über das Gesamtvermögen oder den Hausrat, sondern nur die Verfügungsmacht.

§ 3

Die §§ 1365 - 1369 BGB als Verfügungsbeschränkungen besonderer
=====
Art.
=====

Die Kennzeichnung der §§ 1365 - 1369 BGB als Verfügungsbeschränkungen reicht für die Beantwortung wesentlicher Fragen nicht aus. Denn gesetzliche Verfügungsbeschränkungen, denen eine Person unterliegen kann, kennt das Zivilrecht mit den verschiedenartigsten Zielen und Wirkungen. Zu ihnen werden die sogenannten relativen Veräußerungsverbote im Sinne des § 135 BGB, die absoluten Veräußerungsverbote nach § 134 BGB und die sonstigen Verfügungsbeschränkungen gerechnet, die sich weder unter § 134 BGB noch unter § 135 BGB einordnen lassen und zum Teil eine eigene, vom Gesetz nicht unter einer Sammelnorm zusammengefaßte Gruppe bilden, wie z.B. § 6 KO, § 1395 BGB a.F., §§ 1984, 2211 BGB. Vor allem für die Frage nach dem Schutz des gutgläubigen Vertragspartners des Ehegatten ist es von entscheidender Bedeutung, ob die §§ 1365, 1369 BGB den §§ 134 oder 135 BGB zugerechnet werden. Denn nur bei den relativen Veräußerungsverboten wird gemäß § 135 II BGB der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Verfügenden geschützt.

19) Von dem Charakter der §§ 1365, 1369 BGB als Verfügungsbeschränkungen gehen alle Autoren aus, die diese Vorschrift entweder unter § 134 oder § 135 BGB einzuordnen versuchen; vgl. die Nachweise unten in Noten 25) und 30).

20) So z. B. von Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 2; Müller-Freienfels, JZ 1957, 692 r.

I. Die §§ 1365, 1369 BGB als relative Veräußerungsverbote ?

Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB heben sich von den relativen Veräußerungsverböten der §§ 135, 136 BGB durch die unterschiedlich intensive Unwirksamkeit der Verfügungsgeschäfte ab. Der Gesetzgeber hat sich bei den Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nicht mit einer relativen Unwirksamkeit begnügt, sondern eine absolute, gegen jedermann durchgreifende Unwirksamkeit angeordnet, wie noch nachgewiesen wird. Diese Folge ist mit dem Begriff des relativen Veräußerungsverbots unvereinbar. Dabei ist zu beachten, daß nicht bereits alle Verfügungsbeschränkungen, die zugunsten einer bestimmten Person bestehen und damit eine relative Schutztendenz aufweisen, dem § 135 BGB zugeordnet werden können. Ein weiteres, entscheidendes Merkmal dieser Gruppe besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 135 I 1 BGB darin, daß die Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung nur gegenüber dem Geschützten gilt. Schutzzweck und Schutzwirkung sind in § 135 BGB relativ. Für §§ 1365, 1369 BGB wird sich dagegen zeigen, daß die Bestimmungen zwar ebenfalls dem Schutz bestimmter Personen dienen, daß sie aber eine absolute, gegen jedermann geltende Unwirksamkeit herbeiführen.

Die in §§ 1365, 1369 BGB angeordnete Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts läßt nicht die Annahme zu, das Verfügungsgeschäft des Ehegatten sei entsprechend § 135 BGB nur dem anderen Ehegatten gegenüber unwirksam. Eine relative Unwirksamkeit, d.h. eine im übrigen bestehende Wirksamkeit der Verfügung hat nur dort einen Sinn, wo das Verpflichtungsgeschäft in seiner Existenz nicht angetastet wird. Die relative Unwirksamkeit soll ja die Folge herbeiführen, daß nur der Geschützte sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung berufen und sie rückgängig machen kann, um so die Verkehrsfähigkeit des Gegenstandes möglichst wenig zu beeinträchtigen. Im Verhältnis von Verfügendem und Erwerber soll dagegen die Verfügung von Bestand sein. Der Veräußerer selbst soll sie nicht rückgängig machen können, sondern nur der Geschützte. Dieses Ziel aber kann nur erreicht werden, wenn das zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber abgeschlossene Verpflichtungsgeschäft wirksam bleibt.²¹⁾ Wäre nämlich auch der schuldrechtliche Vertrag

21) Vgl. Raape, Veräußerungsverbot, S. 78: "Die Obligation ist gültig."

unwirksam, so würde dem Erwerber die für ihn bestehende Wirksamkeit der Verfügung nichts nützen. Denn der Veräußerer könnte den übertragenen Gegenstand wegen des fehlenden Grundgeschäfts nach § 812 BGB herausverlangen. Dieses Ergebnis will das relative Veräußerungsverbot aber gerade vermeiden. Wird also der schuldrechtliche Vertrag in seiner Wirksamkeit von dem gesetzlichen Verbot erfaßt, so kann es sich nicht um ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB handeln.

Im Gleichberechtigungsgesetz ist dieser dogmatische Zusammenhang zwischen Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts und absoluter Unwirksamkeit der Verfügung folgerichtig beachtet worden. § 1368 BGB geht deshalb davon aus, daß der verfügende Ehegatte sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung berufen kann, wenn in der Vorschrift "auch" dem anderen Ehegatten ein Rückforderungsrecht gewährt wird. Die Verfügung ist also nicht nur gegenüber dem anderen Ehegatten unwirksam. Der Wortlaut des Gesetzes bestätigt damit das Ergebnis, das sich bereits aus der Tatsache der Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages herleiten ließ. Daneben ergibt sich aus den §§ 1365, 1369 BGB, welche die Unwirksamkeit der Verfügung schlechthin ohne irgendeine Einschränkung aussprechen, daß die verbotswidrig vorgenommene Verfügung absolut, d.h. gegen jedermann unwirksam ist.²²⁾ Die herrschende Meinung²³⁾ verneint ebenfalls die Anwendbarkeit des § 135 BGB, insbesondere dessen Absatz 2 auf die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten, und zwar vielfach unter dem Hinweis auf die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs²⁴⁾. Der insbesondere von Frank²⁵⁾ unternommene

22) So auch Hartung, NJW 1959, 1020 unter Hinweis auf § 1368 BGB; OLG Hamm in NJW 1960, 1352 u. 1466.

23) Vgl. z.B. Bosch, FamRZ 1957, 195; 1958, 294; Reinicke, BB 1957, 566; NJW 1957, 890; Massfeller, BB 1957, 499; Massfeller-Reinicke, GfBG, § 1366 Bem. 3; Krüger-Breetzke-Nowack, GfBG, § 1365 Bem. 3; Palandt-Lauterbach, BGB, 1365 Bem. 3; Erman-Finke, GfBG, § 1364 Bem. 4; Boehmer, FamRZ 1959, 4; Barmann, AcP 157, 160; Ziege, NJW 1957, 1581; Berges, KTSch 1958, 68; Tiedau, MDR 1958, 379; Hartung, NJW 1959, 1020.

24) Zu § 1376 des Regierungsentwurfs II, in Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 2. Wahlperiode, Anlagen zu den Stenographischen Berichten Bd. 27, Drucksache 224 S. 40.

25) Frank, NJW 1959, 135f; zustimmend Ripfel, Rechtsgeschäfte des im ges. Güterstand lebenden Ehegatten über sein Vermögen im ganzen, BWNotZ 1959, 48-62 (56).

Versuch, der h. M. entgegenzutreten, um so den gutgläubigen Erwerber gemäß § 135 II BGB zu schützen, muß als mißlungen bezeichnet werden. Frank geht bei der parallelen Betrachtung der §§ 1365, 1369 BGB und des § 1395 BGB a.F. von der unrichtigen Voraussetzung aus, § 1395 BGB a. F. enthalte ein relatives Veräußerungsverbot. Diese in der Literatur²⁶⁾ nicht unstreitige Frage nach dem Charakter des § 1395 BGB a. F. muß sich wiederum nach den Mitteln beantworten, welche das Gesetz eingesetzt hat, um die durch die Verfügungsbeschränkung untersagte Verfügung zu verhindern, wenn der Dritte aus dem Verpflichtungsgeschäft auf Leistung klagt. Während § 135 I 2 BGB sich damit begnügt, den Vollstreckungsakt dem Geschützten gegenüber für unwirksam zu erklären, setzte der Schutz des Ehemannes im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung schon bei Beginn der Zwangsvollstreckung ein, indem ein Duldungstitel Voraussetzung für die Einleitung der Zwangsvollstreckung war (§ 739 ZPO a.F.). § 135 I 2 BGB läßt die Zwangsvollstreckung zu und macht sie nur relativ unwirksam; § 739 ZPO a.F. verhinderte dagegen überhaupt eine Vollstreckung gegen den Willen des Ehemannes, wenn dadurch eine verbotswidrige Verfügung der Ehefrau bewirkt wurde. Auch die Ehefrau konnte sich auf die Notwendigkeit des Titels gegen den Ehemann berufen, da es sich um eine Vollstreckungsvoraussetzung handelte. Beide Ehegatten konnten daher geltend machen, das Verpflichtungsgeschäft könne wegen Verstoßes gegen die Verfügungsbeschränkung des § 1395 BGB a. F. nicht erfüllt werden, was der gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßende Schuldner nicht kann. § 1395 BGB a.F. wirkt daher im Gegensatz zu § 135 BGB hinsichtlich des Verfügungsaktes absolut, auch zugunsten der in der Verfügungsbefugnis beschränkten Ehefrau. Der Ausgangspunkt von Frank ist daher unrichtig, wenn er § 1395 BGB a.F. als relatives Veräußerungsverbot ansieht und daraus Schlüsse für §§ 1365, 1369 BGB herleiten will.

26) § 1395 BGB a.F. wird zu den relativen Veräußerungsverboten gerechnet in RGRK, 10. Aufl., § 135 Bem. 2. Die h. L. nimmt absolute Unwirksamkeit an; v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 332 und II 2, S. 9 Note 63; Raape, Veräußerungsverbot, S. 99; Oertmann, Relative Rechtszuständigkeit, Jher. Jb. 66, 247; Palandt-Danckelmann, BGB, 16. Aufl., § 135 Bem. 1; Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1395 Bem. 1.

II. Die §§ 1365, 1369 BGB als absolute Veräußerungsverbote im Sinne des § 134 BGB ?

Als äußerlich glatte Lösung der Frage nach der Rechtsnatur der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten bietet sich ihre Eingruppierung unter die absoluten Veräußerungsverbote im Sinne des § 134 BGB an. Denn die absoluten Veräußerungsverbote treffen ebenso wie die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nicht nur die Verfügung, sondern machen auch ein verbotswidrig vorgenommenes Verpflichtungsgeschäft unwirksam.

Bei der Mannigfaltigkeit in der Verwendung des Begriffs Veräußerungsverbot ist zunächst zu klären, was unter absolutem Veräußerungsverbot verstanden wird. Das Gesetz kennt diesen Begriff als solchen nicht. Er läßt sich dennoch aus dem Gesetz zwingend herleiten. Die absoluten Veräußerungsverbote sind eine Untergruppe der gesetzlichen Verbote des § 134 BGB. Zwar ist sie selbst im Gesetz nicht hervorgehoben, jedoch hat das Gegenstück zu ihr, das relative Veräußerungsverbot, in §§ 135, 136 BGB eine gesetzliche Regelung erfahren. Aus der Gegenüberstellung des § 134 und § 135 BGB ergibt sich der Begriff des absoluten Veräußerungsverbots. Denn einmal enthält § 134 BGB als generelle Verbots- und Nichtigkeitsregelung auch den Satz, daß Verfügungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig sind, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt. Zum anderen trifft § 135 BGB hinsichtlich dieser Verfügungen eine Ausnahmeregelung von dem in § 134 BGB bestimmten Grundsatz der absoluten Unwirksamkeit dahin, daß nur relative Unwirksamkeit eintritt, wenn das Verbot nur zum Schutz bestimmter Personen besteht. Durch Umkehrschluß ergibt sich daraus die Definition: Dient eine Verfügungsbeschränkung dem Schutze der Allgemeinheit, so ist die verbotswidrig vorgenommene Verfügung absolut unwirksam.²⁷⁾ Das Unterscheidungsmerkmal von relativem und absolutem Veräußerungsverbot liegt daher in der verschiedenen Schutztendenz und in der unterschiedlichen Wirkungsweise. Das absolute Veräußerungsverbot ist hinsichtlich beider absolut, während das relative Veräußerungsverbot relative Voraussetzungen und Wirkungen zeigt. Aus der Begriffbestimmung des abso-

27) Ebenso Raape, Veräußerungsverbot, S. 97; Saueracker, Der Begriff des gesetzlichen Veräußerungsverbots, S. 28.

luten Veräußerungsverbots ergeben sich zugleich die Punkte, in denen es gemeinsame und unterschiedliche Merkmale mit den Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nach §§ 1365, 1369 BGB aufweist.

Gemeinsam ist beiden Regelungen, daß die Unwirksamkeit von verbotswidrigen Verfügungen nicht nur das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft, sondern zugleich auch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft trifft. Für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten ergibt sich diese Folge ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut der §§ 1365 I 2, 1369 I BGB. Für das absolute Veräußerungsverbot leitet sie sich aus dem Schutzzweck des § 134 BGB her. Die zum Schutze der Allgemeinheit unerwünschte Verfügung kann erfolgreich nur verhindert werden, wenn auch der schuldrechtliche Vertrag unwirksam ist.²⁸⁾ Sonst könnte die Verfügungsbeschränkung durch eine Verurteilung aus dem Verpflichtungsgeschäft umgangen werden, da außer im Erkenntnisverfahren keine Möglichkeit besteht, die Interessen der Allgemeinheit zu wahren. Außerdem folgt die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages aus § 306 BGB für die Fälle, in denen eine Genehmigung der Verfügung nicht vorgesehen ist. Dann ist die Leistung unmöglich und damit die Verpflichtung nach § 306 BGB unwirksam.

Gemeinsam ist dem absoluten Veräußerungsverbot und den Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten ferner die gegen jedermann geltende Unwirksamkeit der verbotswidrig vorgenommenen Verfügung. Für § 134 BGB ergibt sich diese Folge aus der Gegenüberstellung mit § 135 BGB, der als Ausnahme von § 134 BGB die relative Unwirksamkeit anordnet. Sie leitet sich ferner aus der Schutztendenz des § 134 BGB her. Da keine bestimmte Person durch das Verbot begünstigt werden soll, kann das Rechtsgeschäft auch nicht nur einer

28) So Saueracker, Der Begriff des gesetzl. Veräußerungsverb., S. 41; zweifelnd Raape, Veräußerungsverb., S. 39. Allerdings gibt es zahlreiche gesetzliche Verbote, bei denen das schuldrechtliche Geschäft trotz Unwirksamkeit der Verfügung Bestand hat. Vgl. dazu die Übersicht bei Otto Lange, Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, AcP 152, 241 ff (252-262). In diesen Fällen handelt es sich aber nicht um ein gesetzl. Veräußerungsverbot, also um eine Verfügungsbeschränkung, sondern um sonstige Verbote. Diese werden bei dem weiten Umfang des § 134 BGB ebenfalls von dieser Bestimmung erfaßt; vgl. Lange, a.a.O., S. 246.

bestimmten Person gegenüber unwirksam sein. Für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten ist der Nachweis der absoluten Unwirksamkeit der Verfügung bereits erbracht; sie ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 1365, 1369 BGB, aus § 1368 BGB sowie aus der Tatsache, daß auch das Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist.²⁹⁾

Wegen dieser äußerlichen Übereinstimmung im Aufbau des § 134 BGB einerseits und der §§ 1365, 1369 BGB andererseits kennzeichnen einige Autoren die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten als absolute Veräußerungsverbote im Sinne des § 134 BGB.³⁰⁾ Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden.

Denn in einem wesentlichen Punkt unterscheiden sich die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten erheblich von den absoluten Veräußerungsverböten, so daß beide unvereinbar nebeneinander stehen, nämlich in der subjektiven Schutztendenz der beiden Regelungen. Ein absolutes Veräußerungsverbot liegt nur vor, wenn das Verbot dem Schutze der Allgemeinheit dient. Dieses Kennzeichen ergibt sich aus der Gegenüberstellung von § 134 BGB und § 135 BGB und ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 135 BGB zwingend. Dabei ist die absolute Schutztendenz in § 134 BGB nicht nur gesetzgeberisches Motiv geblieben, sondern Tatbestandsmerkmal geworden. Das Tatbestandsmerkmal ergibt sich durch Umkehrschluß aus § 135 BGB, wo die Veräußerungsverböte mit relativer Schutztendenz ausdrücklich gekennzeichnet sowie selbständig und abweichend von § 134 BGB geregelt sind. § 134 BGB kann deshalb nur solche Veräußerungsverböte umfassen, die dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nach §§ 1365-1369 BGB bezwecken demgegenüber lediglich den Schutz bestimmter Personen, nämlich des anderen Ehegatten und der Familienangehörigen. Diese Behauptung bedarf des Beweises:

Eingehende und kritische Auseinandersetzungen mit der Frage nach dem Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB finden sich vor allem

29) Vgl. oben § 3 I.

30) So ausdrücklich Boehmer in FamRZ 1959, 5, 6 und in Festschrift für Hedemann, S. 43; Berges, KTSch 1958, 68, 69; Hartung in NJW 1959, 1021. Die h.L. enthält sich einer genaueren Untersuchung und betont lediglich, daß kein relatives Veräußerungsverbot nach § 135 BGB vorliege.

bei Boehmer³¹⁾ und Lorenz³²⁾. Man kann sich der Argumentation dieser Autoren nicht verschließen, daß die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nicht nur den künftigen Ausgleichsanspruch des anderen Gatten, sondern mindestens auch gleichzeitig - in § 1369 BGB sogar primär - die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie sichern sollen. Wesentliche Argumente für diese Ansicht ergeben sich daraus, daß auch entgeltliche Verfügungen, die den Ausgleichsanspruch nicht gefährden, unwirksam sind und daß ferner der Zugewinn regelmäßig nicht in Haushaltsgegenständen angelegt ist, die ebenfalls der Verfügungsbeschränkung unterliegen. Die fast einhellige Meinung in der Literatur betont daher, daß die §§ 1365, 1369 BGB neben dem künftigen Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten die Familie und die eheliche Lebensgemeinschaft wirtschaftlich sichern sollen.³³⁾

Soweit die §§ 1365 - 1369 BGB den künftigen Anspruch des anderen Ehegatten auf Ausgleich des in der Ehe erzielten Zugewinns sichern sollen, enthalten sie lediglich eine Schutztendenz zugunsten einer bestimmten Person. Aber auch soweit diese Vorschriften primär dem Schutz der Familiengemeinschaft zu dienen bestimmt sind, indem die für die wirtschaftliche Lebensführung der Familie wichtigsten Gegenstände zusammengehalten und ihr bleibend dienstbar gemacht werden, gilt dieser Zweck nicht dem Schutze der Allgemeinheit im Sinne des § 134 BGB. Allerdings hat die Allgemeinheit ein Interesse daran, daß die Familie und Ehe nicht durch Verschlechterung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage in ihrem Bestande gefährdet werden. Aber dieses nur mittelbare Interesse der Allgemeinheit reicht nicht aus, um von einem Schutz sprechen zu können, der zu ihren Gunsten eingeführt ist. Das Gesetz ist in §§ 1365 - 1369 BGB über eine nur mittelbare Berücksichtigung der

31) Boehmer in Festschr. f. Hedemann, S. 38-42 u. FamRZ 1959, 1 ff.

32) Lorenz, JZ 1959, 105.

33) Vgl. z.B. Bosch, FamRZ 1957, 195; 1958, 294; Knur, DNotZ 1957, 453; Müller-Freienfels, JZ 1957, 692; Zunft, NJW 1958, 130; Bobrowski, Rpfl. 1959, 118; Schulz-Kersting, JR 1959, 83; Sichtermann, DB 1959, 163; ferner sämtliche Kommentare zum GlBG. A.A. alleinstehend Ziege, NJW 1957, 1380; 1958, 131, der nur auf den Schutz des Ausgleichsanspruchs abstellt. Zweifelnd Boehmer, vgl. Note 31.

öffentlichen Interessen nicht hinausgegangen.³⁴⁾ Den unmittelbaren Schutz hat es allein dem anderen Ehegatten zugesacht, der auch die Familiengemeinschaft insoweit repräsentiert. Mögen auch die Belange der Allgemeinheit in der Motivierung des Gesetzgebers mitbestimmend gewesen sein, so sind sie doch nicht Gesetz geworden. Für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist in erster Linie der objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, der sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem Sinnzusammenhang, in den die Vorschrift hineingestellt ist, ergibt.³⁵⁾ Der rein subjektive Wille der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe ist nicht entscheidend.

Der Sinnzusammenhang der §§ 1365, 1369 BGB zeigt, daß allein dem anderen Ehegatten die Wahrnehmung und Durchsetzung des Schutzes für sich und die Familie übertragen worden ist. Gemäß §§ 1365 I, 1369 BGB liegt es allein im Willen des anderen Ehegatten, ob er auf den durch die Verfügungsbeschränkungen garantierten Schutz verzichten will, indem er in das Rechtsgeschäft des verfügenden Ehegatten einwilligt, oder ob er durch Verweigerung der Zustimmung seine und der Familiengemeinschaft Interessen wahrnehmen will. Verweigert der andere Ehegatte die Zustimmung zu der erfolgten Verfügung, so hat wiederum er es allein in der Hand, die bereits eingetretene Gefährdung des ihm und der Familiengemeinschaft zugesachten Schutzes durch Klage gemäß § 1368 BGB auch gegen den Willen des verfügenden Ehegatten zu beseitigen.³⁶⁾ Irgendein die Allgemeinheit repräsentierendes Organ hat dagegen keinen Einfluß auf die wirksame Durchsetzung des durch §§ 1365, 1369 BGB beabsichtigten Schutzes. Auch soweit das Vormundschaftsgericht nach §§ 1365 II, 1369 II BGB tätig wird, dient diese Tätigkeit nicht der Verfolgung des Zieles, das durch die Verfügungsbeschränkungen gesetzt ist. Das Vormundschaftsgericht wird im Gegenteil dazu eingeschaltet, um den starren Schutz zugunsten von wirtschaftlich vernünftigen Rechtsgeschäften, die den Zweck der Verfügungsbeschränkungen im Einzelfall nicht vereiteln, zu

34) Knur, DNotZ 1957, 451 ff (Bem. 40 auf S. 469) bezeichnet den Schutz der Familie nur als willkommene Begleiterscheinung des gesetzlichen Güterstandes.

35) Vgl. Knur, Probleme der ZGM, S. 39 und BVerfG in BVerfGE 1, 301 = NJW 1952, 737.

36) Darauf weist Frank in NJW 1959, 136 hin.

durchbrechen.

Man kann auch nicht den anderen Ehegatten als Sachwalter öffentlicher Interessen ansehen und in ihm den Repräsentanten der Allgemeinheit erblicken. Denn das BGB legt dem zustimmungsberechtigten Ehegatten keinerlei Pflichten auf, die Interessen der Allgemeinheit an der Erhaltung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Familie zu wahren. Soweit nicht § 170 a StGB zu Gunsten von Abkömmlingen eingreift, kann der andere Ehegatte sogar solchen Verfügungen seines Ehepartners zustimmen, welche die Ehegatten zu Lasten der Allgemeinheit hilfsbedürftig machen, ohne daß er sich einer Pflichtverletzung schuldig macht. Die Interessenlage ist hier nicht wesentlich anders als bei der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau nach § 1395 BGB a.F. Der Unterschied besteht nur darin, daß der Schutz des Ehemannes auf beide Ehegatten ausgedehnt und graduell gemindert worden ist. Bei § 1395 BGB a.F. ist man nicht auf den Gedanken gekommen, ein absolutes, zugunsten der Allgemeinheit erlassenes Veräußerungsverbot anzunehmen.

Damit ist das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Familie nicht einmal mittelbar durch die Person des anderen Ehegatten gesichert. Von einem wirksamen Schutz zu ihren Gunsten kann erst recht nicht gesprochen werden. Das für die absoluten Veräußerungsverbote entscheidende Merkmal der absoluten Schutztendenz fehlt somit den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB. Deren erkennbares Ziel ist vielmehr allein der Schutz des anderen Ehegatten, der auch die Interessen der Familiengemeinschaft vertritt. Als ein absolutes Veräußerungsverbot können die §§ 1365, 1369 BGB deshalb nicht gekennzeichnet werden.³⁷⁾

III. Verfügungsbeschränkungen eigener Art.

Die negative Abgrenzung der §§ 1365, 1369 BGB von den relativen und absoluten Veräußerungsverböten hat eine gewisse positive Kennzeichnung der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten ergeben. Sie enthalten eine relative Schutztendenz, führen aber eine absolute, gegen jedermann bestehende Unwirksamkeit herbei. Derartige "absolut wirkende Verfügungsbeschränkungen mit relativer

37) Ähnlich Knur, DNotZ 1957 Seite 469 Note 40.

Schutztendenz"³⁸⁾ gibt es im Zivilrecht mehrfach, ohne daß sie eine in sich einheitliche Gruppe bilden. Zu dieser besonderen Gattung von Verfügungsbeschränkungen sind die der Ehefrau im früheren gesetzlichen Güterstand gemäß § 1395 BGB a.F., des unter Testamentsvollstreckung stehenden Erben gemäß § 2211 BGB und des Gemeinschuldners nach §§ 6, 7 KO zu rechnen. Während der Schutzzweck zugunsten bestimmter Personen bei diesen Beschränkungen allgemein anerkannt ist, wird die Folge der absoluten Unwirksamkeit vor allem bei Verfügungen des Gemeinschuldners zu Unrecht noch immer bestritten.³⁹⁾

Es könnte der Versuch gemacht werden, für diese Gruppe der absolut wirkenden Verfügungsbeschränkungen mit relativer Schutztendenz gemeinsame Grundgedanken herauszustellen und diese auch auf die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten anzuwenden. Aber ein solches Unternehmen wird bei der verschiedenartigen Ausgestaltung der einzelnen, zu dieser Gruppe gehörenden gesetzlichen Bestimmungen keinen bedeutenden Erfolg bringen. Es gibt kaum ein Wesensmerkmal, bei dem die Bestimmungen, die zu dieser Gruppe gehören, nicht wenigstens graduelle Unterschiede aufweisen.

Unterschiedlich ist z. B. der Umfang der Verwaltungsbefugnis der durch die Verfügungsbeschränkung begünstigten Person. Sie reicht von der völlig freien Verfügungs- und Prozeßführungsbefug-

38) Eine einheitliche Terminologie hat sich für diese Gruppe nicht herausgebildet. Raape, Veräußerungsverbot, S. 97, 98 anerkennt, daß die Bezeichnung "relatives Veräußerungsverbot mit absoluter Schutzwirkung" am genauesten ist. Wegen der Schwerfälligkeit dieser Bezeichnung verzichtet er bewußt auf die Genauigkeit und nennt die Gruppe "absolute Veräußerungsverbote". Aus der fehlenden einheitlichen Terminologie erklärt sich der Umstand, daß diese besondere Art von Verfügungsbeschränkungen vielfach den absoluten oder relativen Veräußerungsverboten zugerechnet wird und dann Widersprüche nicht zu vermeiden sind.

39) Zum Stand der Meinungen zu § 1395 BGB a.F. siehe Note 26. Für den Streit zu §§ 6, 7 KO siehe die Zusammenstellung bei Jaeger-Lent, KO, 8. Aufl., Bem. 8 zu § 7; v. Staudinger-Coing, 11. Aufl., § 135 Anm. 17 und Zunft, NJW 1956, 735 ff. Für § 2211 BGB wird die Folge der absoluten Unwirksamkeit ebenso wie bei § 1395 BGB a.F. kaum bestritten: so Palandt-Lauterbach, 19. Aufl., § 2211 Bem. 1; Erman-Westermann, 2. Aufl., §§ 135, 136 Bem. 2b; v. Staudinger-Herzfelder, 9. Aufl. (1928), § 2211 Bem. 1; Soergel-Eder, 8. Aufl., § 2211 Bem. 1; v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 332 und sogar RGRK, 10. Aufl., § 135 Bem. 2 im Gegensatz zu der zu § 1395 BGB a.F. vertretenen Meinung. Vgl. im übrigen zur Begründung der absoluten Unwirksamkeit oben Note 15.

nis des Konkursverwalters über fremdes Recht, von der beschränkten Verfügungs- und umfassenden Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes (§§ 1375, 1376, 1380 BGB a.F.) bis zum bloßen Mitwirkungs- und Rückforderungsrecht des anderen Ehegatten in der Zugewinnngemeinschaft. Ungleich sind auch die diesen Verfügungsbeschränkungen dienenden Hilfsfunktionen. Sie bestehen in dem Erfordernis eines Leistungstitels gegen den Konkursverwalter (§ 6 II KO) oder Testamentsvollstrecker (§ 748 I ZPO), in der Notwendigkeit eines Duldungstitels gegen den Ehemann (§ 739 ZPO a.F.) und in der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts bei der Zugewinnngemeinschaft. Die Beschränkungen erstrecken sich auf Sondervermögen wie die Konkursmasse, den Nachlaß und das eingebrachte Gut und andererseits auf Einzelgegenstände und Gesamtvermögen in §§ 1365, 1369 BGB.⁴⁰⁾

Diese Übersicht mag für den Nachweis genügen, daß diese Verfügungsbeschränkungen keine gemeinsamen charakteristischen Merkmale aufweisen, abgesehen von der Schutztendenz und der Wirkung auf das verbotene Rechtsgeschäft. Die §§ 1365, 1369 BGB müssen deshalb ihre Auslegung aus sich selbst erhalten.

Die absolute Wirkung, die diese Gruppe der Verfügungsbeschränkungen gemeinsam auszeichnet, ist erkennbarer Ausdruck der Intensität des vom Gesetzgeber beabsichtigten Schutzes. Wenn auch nur eine oder mehrere bestimmte Personen geschützt werden sollen; so hat der Gesetzgeber das zur Verfügung stehende Mittel der relativen Unwirksamkeit nicht für ausreichend gehalten, um dieses Ziel zu erreichen. Bei der relativen Unwirksamkeit ist nämlich der Geschützte auf seine eigene Initiative angewiesen, wenn er die Verfügung nicht gegen sich gelten lassen will. Ist doch im Verhältnis von Verfügendem und Erwerber die Verfügung wirksam. Durch die

40) Auch der eheliche Hausrat bildet nach § 1369 BGB kein Sondervermögen. Die Verfügungsbeschränkung allein verselbständigt den Hausrat nicht zu einer zweckgebundenen Vermögensmasse, die eine selbständige rechtliche Behandlung von dem übrigen Vermögen des Rechtsinhabers erfährt. (Vgl. zu dieser Definition des Sondervermögens Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, I, § 132). Außer durch die Verfügungsbeschränkung wird der Hausrat der Ehegatten in keiner Weise anders behandelt als das übrige Vermögen der Ehegatten. Insbesondere ist die Prozeßführungsbefugnis, das Verwaltungsrecht und die Schuldenhaftung nicht abweichend von dem sonstigen Vermögen geregelt.

gegen jedermann geltende absolute Unwirksamkeit der Verfügung wird der Schutz des Begünstigten verstärkt. Da die Verfügung auch im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander unwirksam ist, wird der Vermögensinhaber eher von einer Verfügung abgehalten, weil er damit rechnen muß, daß auch der Erwerber sich auf die Unwirksamkeit beruft. Ferner kann - anders als bei der relativen Unwirksamkeit - im Falle eines Rechtsstreits auch das Gericht die Unwirksamkeit beachten und der Verfügung den Erfolg versagen. Diese intensive Ausgestaltung des Schutzes zeigt, daß der Gesetzgeber bei den absolut wirkenden Verfügungsbeschränkungen mit relativer Schutztendenz den Begünstigten in weitem Maße und in wirksamer Weise sichern wollte. Das gilt auch für die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB.

§ 4

Die zeitliche Geltung der §§ 1365, 1369 BGB, gefolgert aus
=====

ihrer Rechtsnatur.
=====

Der Zeitpunkt, in dem der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft für die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander maßgebend ist, ist in Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2-4 und Art. 8 Abs. 2 Ziff. 4 Gleichber. G. im einzelnen geregelt. Im allgemeinen ist damit auch die Frage beantwortet, ob die Ehegatten den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterliegen, da für diese Vorschriften hinsichtlich ihrer zeitlichen Geltung keine Besonderheiten bestehen. Vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist dagegen die Frage, ob die Verfügungsbeschränkungen auch dann eingreifen, wenn ihre Voraussetzungen erst nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages gegeben sind. Das Problem wird in den Fällen praktisch, in denen der schuldrechtliche Vertrag vor dem 1. 7. 1958 oder vor Eingehung der Ehe bzw. vor dem Eintritt der Ehegatten in den gesetzlichen Güterstand abgeschlossen worden ist. Wird das Verpflichtungsgeschäft erst zu einem Zeitpunkt erfüllt, in dem die Verfügungsbeschränkungen eingreifen, so fragt sich, ob die rechtsgeschäftliche Verfügung dennoch der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. In der Literatur und Rechtsprechung, die sich allerdings in erster Linie mit dem Übergangsrecht befaßt,

sind die Ansichten darüber geteilt.^{41) 42)}

Aus dem bereits herausgestellten Gesichtspunkt der dominierenden Bedeutung der Verfügung in §§ 1365, 1369 BGB und der bloßen Hilfsfunktion der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ergeben sich wesentliche Argumente zur Lösung dieses Problems, was in der Diskussion über diese Frage zu wenig beachtet wird.

I. Eingreifen der Verfügungsbeschränkungen trotz wirksamen Verpflichtungsvertrages.

Der Verpflichtungsvertrag, der zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden ist, in dem die Voraussetzungen der §§ 1365 I 1, 1369 I BGB noch nicht vorlagen, ist wirksam zustande gekommen.⁴³⁾ Daran ändert der Umstand nichts, daß nachträglich die Voraussetzungen der Verfügungsbeschränkung gegeben sind. Denn im Gesetz ist keine Rückwirkung auf bestehende Verträge vorgesehen.

1. Folgerung aus §§ 1365 - 1369 BGB.

Anzuknüpfen ist an die obigen Darlegungen, wonach es sich bei den §§ 1365 - 1369 BGB um echte Verfügungsbeschränkungen handelt, bei denen dem Verfügungsgeschäft primäre Bedeutung zukommt, während die Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages eine bloße Hilfsfunktion ist. Bei der überragenden Bedeutung der Verfügung in §§ 1365 - 1369 BGB beantwortet sich auch die Frage, ob die Verfügungsbeschränkung eingreift oder nicht, nach dem Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung bzw. nach dem ihm vom Gesetz gemäß §§ 878,

41) Die Zustimmung des anderen Ehegatten halten für entbehrlich: Reinicke, BB 1957, 564; Bade, NJW 1958, 1957; Boehmer, FamRZ 1959, 5; Haegeler, Rpfl 1959, 10; Tiedau, MDR 1958, 380; 1959, 80; Riedel, JZ 1959, 599; Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1365 Bem. 2; Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1365 Bem. 2; Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 2; BayObLG in MDR 1959, 662 = FamRZ 1959, 241; OLG Oldenburg in MDR 1959, 927 = DNotZ 1959, 545; LG Darmstadt in FamRZ 1959, 240 = MDR 1959, 127 = NJW 1959, 103; LG Augsburg in DNotZ 1958, 550.

42) Die Notwendigkeit einer Einwilligung des anderen Ehegatten bejahen dagegen: Bosch, FamRZ 1959, 240; Knur, DNotZ 1957, 463 bes. Note 9; Schulz-Kersting, FamRZ 1959, 67 und JR 1959, 83; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 1, 3; Koeniger, DRiZ 1959, 374 (III 1c); LG Berlin, FamRZ 1959, 64; LG Bremen, FamRZ 1959, 244 = MDR 1959, 127.

43) Unstreitig; vgl. Boehmer in FamRZ 1959, 5 (V 3); Bosch in FamRZ 1959, 241; Schulz-Kersting in JR 1959, 67 und ferner sämtliche in Noten 41 u. 42 zitierten Autoren und Entscheidungen.

873 II BGB für Grundstücksgeschäfte gleichgestellten Zeitpunkt, in dem der verfügende Ehegatte bereits wesentliche Erfüllungshandlungen vorgenommen hat.⁴⁴⁾ Für das Eingreifen der Verfügungsbeschränkung kann dagegen nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob ein ihr dienender, untergeordneter Hilfstatbestand gegeben ist oder nicht. Aus der Rechtsnatur der §§ 1365, 1369 BGB folgt somit, daß die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Verfügung über Gegenstände des ehelichen Haushalts oder über das Gesamtvermögen auch dann erforderlich ist, wenn der handelnde Ehegatte sich zu einer solchen Verfügung bereits vor Eintritt in den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft wirksam verpflichtet hat.

Von diesem Grundsatz darf trotz aller gegenteiligen Versuche, die auf allgemeinen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, nicht abgegangen werden. Diese sind zwar nicht außer acht zu lassen; sie sind aber erst bei der Frage zu berücksichtigen, ob der andere Ehegatte verpflichtet ist, dem Rechtsgeschäft zuzustimmen, nicht schon an dieser Stelle, wo es um das förmliche Eingreifen der Verfügungsbeschränkung geht. Es wird sich zeigen, daß nicht nur der Charakter der Verfügungsbeschränkungen, sondern auch die Systematik des BGB und die Billigkeit eine solche Einordnung dieser Fragen erfordern. Das vielfach⁴⁵⁾ herangezogene Argument des Verbots der Rückwirkung von Gesetzen, wenn sie nicht ausdrücklich angeordnet ist, kann deshalb an dieser Stelle ebenfalls keine Beachtung finden. Denn hinsichtlich des entscheidenden Verfügungsgeschäfts tritt ja keine Rückwirkung ein, da in den oben dargelegten Fällen die Voraussetzungen der Verfügungsbeschränkungen im Zeitpunkt der Erfüllungshandlungen vorliegen.⁴⁶⁾

Der Wortlaut der §§ 1365, 1369 BGB, der allerdings für das Problem wenig hergibt, steht mit der hier vertretenen Ansicht von der Zustimmungsbedürftigkeit der Verfügung in allen Fällen, in

44) § 878 BGB halten ebenfalls für anwendbar: Bosh, FamRZ 1959, 240; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 230; Schulz-Kersting, JR 1959, 84; offen lassend BGH in FamRZ 1958, 417 = RdL 1958, 239.

45) Z.B. von Boehmer, FamRZ 1959, 5; BayObLG in FamRZ 1959, 242; LG Berlin in FamRZ 1959, 64, 65.

46) So auch Bade, NJW 1958, 1957, der von einem zeitlich offenen Tatbestand spricht und die Zustimmung des anderen Ehegatten aus anderen Gründen für entbehrlich hält.

denen das Verfügungsgeschäft nach Eintritt der Ehegatten in den gesetzlichen Güterstand abgewickelt wird, nicht in Widerspruch. §§ 1365 I 2, 1369 I BGB stellen den Grundsatz der Zustimmungsbefürftigkeit unabhängig davon auf, ob der Verpflichtungsvertrag wirksam ist oder nicht. Die vom BayObLG⁴⁷⁾ und OLG Oldenburg⁴⁸⁾ vertretene Ansicht, aus dem engen Zusammenhang von Satz 1 und Satz 2 des § 1365 BGB sei zu schließen, daß die Verfügungsbeschränkung nur eingreife, wenn das Verpflichtungsgeschäft unwirksam sei, ist nicht zwingend. Die Ansicht kann schon nicht zutreffen bei einseitigen, von einer Verpflichtung losgelösten Verfügungen, die aber ebenfalls zustimmungsbedürftig sind, wie § 1367 BGB klarstellt. Es wird sich darüber hinaus nachfolgend zeigen, daß es der Systematik des BGB widerspricht, das Eingreifen einer Verfügungsbeschränkung danach zu beurteilen, ob das Verpflichtungsgeschäft wirksam und durchsetzbar ist. Der Wortlaut der §§ 1365, 1369 BGB macht jedenfalls die Verfügungsbeschränkung nicht von der Unwirksamkeit der Verpflichtung abhängig.⁴⁹⁾

2. Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen.

Die Ausgestaltung der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes bestätigt diese Argumentation und weist zugleich den Weg, wie zu einer gerechten Lösung für die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1365, 1369 BGB zu gelangen ist. Danach zeigt sich, daß die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau gemäß § 1395 BGB a.F. ohne Rücksicht darauf eintrat, ob die Ehefrau das Verpflichtungsgeschäft vor oder während der Ehe abgeschlossen hatte.⁵⁰⁾ Die Ehefrau konnte ohne Zustimmung des Mannes keine rechtsgeschäftliche Verfügung mit der Begründung vornehmen, der Verpflichtungsvertrag sei vor Eingehung der Ehe abgeschlossen worden; ebenso konnte aus einem Leistungsurteil, das auf einer vorehelichen Schuld beruhte, nicht ohne Duldungstitel gegen den Ehemann in das eingebrachte Gut

47) BayObLG in FamRZ 1959, 241 (242) = MDR 1959, 662.

48) OLG Oldenburg in MDR 1959, 927 = DNotZ 1959, 545.

49) So auch LG Berlin in FamRZ 1959, 64.

50) Dasselbe gilt für die Verfügungsbeschränkungen des Erben nach § 2211 BGB und des Gemeinschuldners nach §§ 6, 7 KO. Die Verfügungsbeschränkung tritt dort ohne Rücksicht auf die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger ein.

vollstreckt werden.⁵¹⁾ § 1395 BGB a.F. und § 739 ZPO a.F. nahmen auf die Frage, ob etwa der Ehemann die Verfügung zu gestatten oder die Zwangsvollstreckung zu dulden hatte, keine Rücksicht. Formell trat die Verfügungsbeschränkung zu Lasten der Ehefrau auch dann ein, wenn der Ehemann die Zwangsvollstreckung im Endergebnis nicht verhindern konnte, weil etwa das eingebrachte Gut oder das Gesamtgut gemäß §§ 1411 ff. BGB a.F. und §§ 1459 ff. BGB a.F. für voreheliche Schulden der Frau haftete. Die Erwägung, ob die Interessen des Vertragsgegners es erforderten, daß der mit der Ehefrau abgeschlossene Vertrag freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung erfüllt werde, konnte nicht etwa bei der Prüfung der Frage angestellt werden, ob die Verfügungsbeschränkung eingreife. Vielmehr mußte die Duldungsklage gegen den Ehemann, die ein typisches Korrelat der Verfügungsbeschränkung des § 1395 BGB a.F. war, auch dann erhoben werden, wenn die Interessen des Dritten gemäß §§ 1411 ff. BGB a.F. geschützt wurden.⁵²⁾ Der vor dem Eintritt der Ehefrau in den gesetzlichen Güterstand abgeschlossene schuldrechtliche Vertrag hatte dabei auf den förmlichen Bestand der Verfügungsbeschränkung keinerlei Einfluß.

Da bei der Testamentsvollstreckung⁵³⁾ und im Konkurs⁵⁴⁾ entsprechendes gilt, läßt sich daraus ein allgemeiner Grundsatz herleiten. Es gibt im BGB keine Bestimmung, nach der eine fehlende Verfügungsbefugnis dann entfällt, wenn der Verfügende die Leistung auf Grund einer wirksamen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Verpflichtung schuldet. Auch wenn die durch die fehlende Verfügungsbefugnis begünstigte Person mit ihrer Rechtsstellung für die Schuld haftet, wird der Mangel in der Verfügungsbefugnis dadurch nicht ausgeräumt.

51) Vgl. Palandt-Lauterbach, BGB, 16. Aufl., § 1400 Bem. 4 b; Erman-Gerstberger, BGB, 2. Aufl., § 1411 Bem. 4; RG in JW 1931, 1345; OLG Dresden in OLGE 11, 97.

52) Vgl. RGRK (Buchwald), 9. Aufl., 1940, § 1395 Bem. 2; Planck-Unzner, 4. Aufl., 1928, § 1395 Bem. 5, 6; Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., 1931, § 56 Bem. 12, 2. Insbesondere auch KG in RJA 9, 274 (275) und RG in Warn. Rspr. 1911, 427 (Nr. 382).

53) Vgl. § 2213 BGB, 748 ZPO.

54) §§ 6, 7 KO gelten auch gegenüber den Konkursgläubigern (§ 3 KO), die teilweise befriedigt werden.

Als weiteres Beispiel läßt sich dafür die Rechtsposition des Vorerben anführen, dem in den Fällen der §§ 2113-2115 BGB ebenfalls die Verfügungsbefugnis fehlt. Dessen Stellung eignet sich besonders gut zu einem Vergleich mit den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB, weil zur Zwangsvollstreckung gegen ihn ebenfalls kein Titel gegen den Geschützten (Nacherben) erforderlich ist. Für den Vorerben bestimmt § 2120 S. 1 BGB ausdrücklich, daß er nicht die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten vornehmen kann, wenn er dadurch gegen die §§ 2113, 2114 BGB verstoßen würde. Obwohl der Nacherbe mit seiner Rechtsstellung für diese Verbindlichkeiten haftet und sie sogar beim Nacherbfall auf ihn übergehen, entfällt die fehlende Verfügungsbefugnis des Vorerben nicht; er hat vielmehr nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nur einen Anspruch gegen den Nacherben auf Zustimmung zu dieser Verfügung. Obwohl es hier ebenso wie bei den Ehegatten kein besonderes Verfahren gibt, in dem die Haftung des durch die fehlende Verfügungsbefugnis begünstigten Nacherben geprüft würde, wie das in den Fällen der Duldungsklage geschieht, hält das Gesetz an dem Grundsatz fest, daß weder eine wirksame gesetzliche noch vertragliche Verpflichtung noch die Haftung des begünstigten Dritten mit seiner Rechtsposition den Mangel in der Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers beseitigen können. Der Mangel kann nur durch eine freiwillig erklärte oder gerichtlich ersetzte Zustimmung des Begünstigten ausgeräumt werden, obwohl der Nacherbe die Zustimmung gemäß § 2120 BGB stets erklären muß. Das Gesetz hätte sicherlich in den Fällen des § 2120 BGB auf das Zustimmungserfordernis des Nacherben verzichten können. Daß es aber den umständlicheren Weg der Zustimmung des Nacherben gewählt hat, zeigt wiederum, daß die Wirksamkeit der Verpflichtung die fehlende Verfügungsbefugnis nicht zu beseitigen vermag.

Ferner zeigen die §§ 741, 774 ZPO a.F.⁵⁵⁾, daß eine Verfügungsbeschränkung nicht wegfällt, wenn die ihr dienende Hilfsfunktion nicht eingreift. § 741 ZPO a.F. verzichtete zwar auf das Erfordernis eines Duldungstitels gegen den Ehemann, wenn gegen die Gewerbefrau vollstreckt werden sollte. Damit wurde der Gewerbe-

55) Entsprechendes gilt heute nach §§ 741, 774 ZPO n.F. nur noch für den Ehegatten, der das Gesamtgut der Gütergemeinschaft nicht mitverwaltet.

frau aber keineswegs die volle Verfügungsbefugnis eingeräumt. Die Verfügungsbeschränkung des § 1395 BGB a.F. blieb vielmehr bestehen, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelte, die der Geschäftsbetrieb nicht mit sich brachte (§§ 1405, 1452 BGB a.F.). Die fehlende Verfügungsbefugnis konnte weiterhin im Zwangsvollstreckungsverfahren gemäß § 774 ZPO a.F. geltend gemacht werden. Ähnlich muß es in §§ 1365, 1369 BGB sein; wenn die Hilfsfunktion der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht eingreift, so bleibt dadurch die Verfügungsbeschränkung unberührt.

Endlich kann § 878 BGB noch für die hier vertretene Ansicht angeführt werden, da diese Vorschrift für das Eingreifen der Verfügungsbeschränkung ebenfalls nur auf das Verfügungsgeschäft abstellt. Aus ihr läßt sich der Schluß herleiten, daß die Verfügungsbefugnis schlechthin im Zeitpunkt der Verfügung vorhanden sein muß,⁵⁶⁾ und zwar ungeachtet einer Verpflichtung zur Erfüllung.

Aus diesen Beispielen ergibt sich die Bestätigung der für §§ 1365, 1369 BGB aufgestellten Behauptung, daß das BGB von dem entwickelten Inhalt der Verfügungsbeschränkungen ausgeht, wonach ihr Eingreifen sich allein nach dem Zeitpunkt der Verfügung richtet. Selbst dann, wenn die durch die Verfügungsbeschränkung geschützte Person der Verfügung zustimmen muß und sie also im Ergebnis nicht verhindern kann, läßt das Gesetz in all den dargestellten Fällen nicht die Verfügungsbeschränkung als solche entfallen. Es hält vielmehr an der Verfügungsbeschränkung formell fest und beseitigt ihre Wirkung dadurch, daß es dem Dritten einen Anspruch gegen die geschützte Person auf Zustimmung zu der Verfügung gewährt. Berechtigte Interessen Dritter werden nicht schon bei der Frage berücksichtigt, ob die Verfügungsbeschränkung überhaupt eingreift, sondern erst bei der Frage, ob die geschützte Person der beabsichtigten Verfügung zustimmen muß.

Für §§ 1365, 1369 BGB ist dasselbe Ergebnis bereits aus der Rechtsnatur dieser Bestimmungen als echte Verfügungsbeschränkungen her-

56) So Bosch, FamRZ 1959, 240 r; v. Staudinger-Coing, 11. Aufl., Vorbem. 12 vor § 104; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 14. Aufl., § 159 I 2; v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, S. 368; offen lassend BGH in FamRZ 1958, 416, wo aber darauf hingewiesen wird, daß die Verfügungsbefugnis grundsätzlich im Zeitpunkt der Verfügung vorhanden sein muß.

geleitet worden. 57) Insoweit fügen sich also die §§ 1365, 1369 BGB harmonisch in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches ein. Daraus ergibt sich ein weiterer Grund, weshalb an diesem für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten gefundenen Ergebnis festzuhalten ist. Wenn schon das Gesetz einen Tatbestand nicht ausdrücklich regelt, so muß - soweit möglich - versucht werden, den Tatbestand unter bestehende Rechtsgebilde und Rechtsgrundsätze einzuordnen. Rechtsschöpfend darf nur verfahren werden, wenn eine solche Möglichkeit der Analogie, die hier aber gegeben ist, nicht besteht.

Damit wird gleichzeitig dem etwaigen Einwand begegnet, es sei ein nutzloser Umweg, die Verfügungsbeschränkung zunächst eingreifen zu lassen und sie dann durch einen Anspruch auf Zustimmung zur Verfügung im Ergebnis außer Kraft zu setzen; dann könne man in diesen Fällen auch sofort die Verfügungsbeschränkung ausschalten. Ein solches Verfahren verstieße gegen den erkennbaren Grundgedanken des Gesetzes. Denn das Gesetz hat den zu beschreitenden Weg in den zahlreichen, erörterten Einzelbestimmungen ausdrücklich anders festgelegt. Das umständlichere Verfahren der Zustimmung zur Verfügung ist auch nicht etwa unsinnig, so daß eine Auslegung contra legem gerechtfertigt sein könnte. Es hat im Gegenteil einen wesentlichen Vorteil gegenüber dem Weg, nach dem die Verfügungsbeschränkung selbst entfällt, wenn die schuldrechtliche Verpflichtung zur Verfügung wirksam ist. Dieser Vorteil liegt in der höheren Rechtssicherheit; er wiegt den Nachteil einer möglichen Verzögerung auf. Darauf weist Bosch⁵⁸⁾ mit Recht hin. Für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten nach §§ 1365, 1369 BGB ergibt sich die unterschiedliche Rechtssicherheit aus folgendem: Wird generell eine Zustimmung des anderen Ehegatten zu der unter §§ 1365, 1369 BGB fallenden Verfügung gefordert, so wird die Rechtslage durch die erklärte oder gerichtlich ersetzte Zustimmung des anderen Ehegatten endgültig gestaltet. Ob nun die Zustimmung des anderen Ehegatten durch ein gegen ihn ergangenes Urteil oder nach §§ 1365 II, 1369 II BGB durch das Vormundschaftsgericht ersetzt wird, auf jeden Fall erwachsen die Entscheidungen des Ge-

57) Vgl. oben § 4 I 1.

58) Bosch in FamRZ 1959, 241 (Urteilsanm.)

richts in materielle Rechtskraft.⁵⁹⁾ Damit steht für die Parteien bzw. Beteiligten des Verfahrens erkennbar und unanfechtbar fest, daß die Beschränkung in der Verfügungsbefugnis nachträglich aufgehoben ist. Eine derartig eindeutige Rechtslage besteht dagegen nicht, wenn die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht gefordert wird, weil dieser ohnehin zur Duldung der Verfügung verpflichtet sei. Dann sind die Vertragspartner in Zweifelsfällen der Gefahr ausgesetzt, daß der andere Ehegatte den Gegenstand der Verfügung nach § 1368 BGB herausverlangt. Diese Gefahr besteht auch bei Grundstücksverfügungen, die unter § 1365 BGB fallen können, da die Entscheidungen oder Eintragungen des Grundbuchamts nicht in materielle Rechtskraft erwachsen.

Ein weiterer Vorteil des hier vorgeschlagenen Weges ist, daß in dem Verfahren vor dem Vormundschafts- oder Prozeßgericht die Interessen der Beteiligten besser berücksichtigt werden können, und zwar insbesondere dann, wenn ein doloses Verhalten gegenüber dem anderen Ehegatten in Betracht kommt. Das Grundbuchamt könnte nur prüfen, ob die Verfügungsbeschränkung formell eingreift. Ob sich der Dritte wegen seines arglistigen Verhaltens ausnahmsweise so behandeln lassen muß, wie wenn die Verfügungsbeschränkung zum Zuge käme, kann das Grundbuchamt bei den beschränkten Mitteln, die ihm zur Verfügung stehen, nicht feststellen.

Zu dem Verfahren vor dem Vormundschafts- oder Prozeßgericht wird es regelmäßig überhaupt nicht kommen. Wenn der andere Ehegatte weiß, daß er in diesem Verfahren unterliegen wird, wird er in aller Regel der Verfügung zustimmen.⁶⁰⁾

59) Auch der Beschluß des Vormundschaftsgerichts erwächst in materielle Rechtskraft. Das folgt aus dem Charakter des Verfahrens als sog. Parteistreitigkeit. So Baur, FGG, Aufl. 1955, § 25 II, III 1; Schlegelberger, FGG, 7. Aufl., § 16 Anm. 8a; Lent, FGG, 3. Aufl., § 18 V (letztere, obwohl sie im übrigen die materielle Rechtskraft im Verfahren der FGG grundsätzlich ablehnen); ferner Keidel, FGG, 7. Aufl., § 31 Anm. 8 mit weiteren Nachweisen. Für den entsprechenden § 1379 BGB a.F. nahmen z. B. Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1379 Bem. 3; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1379 Bem. 7 materielle Rechtskraft an.

60) So Bosch in FamRZ 1959, 241 (Urteilsanm.), der allerdings nur das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht erwähnt.

II. Der Anspruch des Dritten gegen den anderen Ehegatten auf Einwilligung in die Verfügung.

Wenn auch die Zustimmung des anderen Ehegatten zu der Verfügung trotz wirksamen Verpflichtungsgeschäfts erforderlich ist, so ist damit noch nichts über die weitere Frage ausgesagt, ob etwa der aus dem schuldrechtlichen Vertrag Berechtigte diese Zustimmung des anderen Ehegatten erzwingen kann. Diese weitere Frage wird von denjenigen⁶¹⁾, die sich ebenfalls für das Eingreifen der Verfügungsbeschränkung trotz wirksamen Abschlusses des Verpflichtungsvertrages aussprechen, regelmäßig nicht mehr gestellt, so daß sie zu unrichtigen Ergebnissen gelangen. Hat also der Dritte gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Einwilligung in die Verfügung, zu der sich der handelnde Ehegatte vor Eintritt in den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wirksam verpflichtet hatte ? Besteht ein solcher Anspruch, so ergeben sich daraus die bereits erörterten und im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Folgen: Obwohl der Dritte seinen Anspruch durchsetzen kann, entfällt die Verfügungsbeschränkung als solche nicht, wie vielfach angenommen wird⁶²⁾. Der Dritte muß vielmehr auf Erklärung der Einwilligung klagen, wenn sich der andere Ehegatte weigert, die Einwilligung zu erklären. Beide Wege führen zwar zu demselben Ergebnis, das jeweilige Verfahren ist aber durchaus verschiedenen.

Ausdrücklich ist ein Anspruch des Dritten gegen den anderen Ehegatten auf Einwilligung in die Verfügung nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Daraus läßt sich aber nicht der Schluß herleiten, daß ein solcher Anspruch nicht besteht. Denn die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe haben die Frage, ob die Verfügungsbeschränkung trotz wirksamen Verpflichtungsvertrages eingreift, nicht gesehen und sie deshalb auch nicht durch eine gesetzliche Regelung beantworten können. Zu diesem Problem geben deswegen die Begründungen der Regierungsentwürfe zum Gleichberechtigungsgesetz, die Entwürfe der SPD und der FDP und der schriftliche Bericht des Ausschusses für Rechtswesen des 2. Deut-

61) Zitiert in Note 42 dieses Abschnitts.

62) Vgl. die Nachweise oben in Note 41 dieses Abschnitts.

schen Bundestages keinen Anhaltspunkt.⁶³⁾

Es bleibt daher zu prüfen, ob sich aus anderen gesetzlichen Vorschriften, die das Problem in irgendeiner Weise regeln, ein allgemeiner Grundsatz herleiten läßt, der dann auf die §§ 1365, 1369 BGB anzuwenden ist, wenn die Interessen der Beteiligten ähnlich liegen. Tatsächlich wird sich aus mehreren Gesetzesbestimmungen der Grundsatz herleiten lassen, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine andere Person in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt ist, die Verfügung gestatten muß, wenn die Verfügungsbeschränkung erst eintritt, nachdem sich die in der Verfügungsbefugnis beschränkte Person bereits wirksam zu der Verfügung verpflichtet hatte.

1. Rechtsähnliche Fälle.

Ein solcher unmittelbarer Anspruch des Dritten gegen denjenigen, der durch die Verfügungsbeschränkung begünstigt wird, war im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes anerkannt. Das Gesetz hatte die Durchsetzung dieses Anspruchs in einer besonders gearteten Klage, nämlich die Zwangsvollstreckung zu dulden, vorgesehen (§ 739 ZPO a.F.). Die Duldungsklage setzt das Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs des Gläubigers gegen den Ehemann voraus. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung⁶⁴⁾ dann, wenn die Ehefrau zur Leistung bereit und wegen Alleinbesitzes fähig war, eine unmittelbare Klage des Gläubigers gegen den Ehemann mit dem Antrag zugelassen, seine Zustimmung zu der Verfügung der Ehefrau zu erklären. Anspruchsgrundlage für diese Klage und auch für die Duldungsklage war die Verpflichtung, das Verfügungshindernis zu beseitigen, weil der Ehemann für voreheliche Verbindlichkeiten der Ehefrau mit seiner abgeleiteten

63) Vgl. in Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Drucksache 224 für den Regierungsentwurf II, Drucksache 178 für den SPD-Entwurf, Drucksache 112 für den FDP-Entwurf, Drucksache 3409 für den Bericht des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht.

64) So OLG Bamberg in OLGE 40, 400 und RG in Warn. Rspr. 1911, 427 (Nr. 382); ebenso Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1395 Bem. 5; Buchwald in RGRK, 9. Aufl., § 1395 Bem. 2; a. A. Soergel-Vogel, 8. Aufl., § 1395 Bem. 1, der sich zu Unrecht auf OLG Oldenburg in JW 1933, 185 beruft, wo nur über einen Zustimmungsanspruch der Ehefrau, nicht aber des Gläubigers entschieden ist.

Rechtsposition, die er an dem eingebrachten Gut besaß, haftete, wie sich ausdrücklich aus §§ 1411 ff BGB a.F. ergab. Das Verwaltungsrecht des Ehemannes an dem eingebrachten Gut sollte sich gegenüber zeitlich vorrangigen Verpflichtungen der Ehefrau nicht durchsetzen können. Der Ehemann hatte die Erfüllung einer solchen Verpflichtung durch seine Zustimmung zu ermöglichen. Inhalt der gesetzlichen Verpflichtung des Ehemannes und damit der Duldungsklage war eine positive Leistungspflicht.⁶⁵⁾ Sie bestand darin, die Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen, indem der Ehemann der Leistung durch die Frau zustimmte oder die in seinem Besitz befindlichen Sachen der Ehefrau zum Zwecke der Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Verfügung stellte.⁶⁶⁾

Von dieser Rechtslage ging auch § 742 ZPO a.F. aus. Danach konnte in Bezug auf das eingebrachte Gut gegen den Ehemann eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt werden, das gegen die Ehefrau ergangen war, wenn der Rechtsstreit vor Eintritt des gesetzlichen Güterstandes gegen die Ehefrau abhängig gewesen war. Der Ehemann mußte also die Erfüllung der zeitlich vorrangigen Verpflichtung der Ehefrau zur Verfügung gestatten.

Derselbe Rechtszustand galt nach § 742 I ZPO a.F. für die Er rungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft hinsichtlich des eingebrachten Gutes und nach § 742 II ZPO a.F. in Bezug auf das Gesamtgut für die allgemeine Gütergemeinschaft. Die entsprechenden materiell-rechtlichen Normen für die Haftung des Ehemannes mit seiner abgeleiteten Rechtsposition finden sich in §§ 1459 ff, 1525 II, 1549 ff BGB a.F. In all diesen Fällen verlor die Ehefrau hinsichtlich des eingebrachten Gutes bzw. des Gesamtgutes zwar die alleinige Verfügungsbefugnis; diese Gütermassen hafteten aber weiterhin für

65) So neuerdings Lent, Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ZZP 70, 401 (412); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Bem. II 1 b vor § 253; einen Leistungsanspruch nehmen ferner an: Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 318 ff.; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 263 ff. (S. 271); Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung, 1911, 157 ff., 171 ff.; Reich, Jher. Jb. 63, 167 ff. (175-182); Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR., 7. Bearbeitung, § 56 V 2; a.A.: Geib, Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, AcP 94, 317 ff. (321, 328, 341) und Beitzke, Zur Zwangsvollstreckung der Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68, 241 (248-251): Feststellungsklage.

66) So Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR., 7. Bearb., § 56 V 2; Reich, Jher. Jb. 63, 180, 181; ähnlich Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 271 und Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 321 ff.

die Verbindlichkeiten der Ehefrau, die diese vor Eintritt in den Güterstand übernommen hatte. Der Ehemann konnte die Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Vermögen der Ehefrau nicht verhindern und war zur Duldung der Zwangsvollstreckung oder zur Mitwirkung bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung verpflichtet.

Das gesetzgeberische Motiv dieser Regelungen läßt sich besonders eindeutig aus dem Rechtszustand herleiten, der im früheren vertraglichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft gegolten hat. Für Verbindlichkeiten, welche die Ehefrau vor Eintritt in diesen Güterstand eingegangen war, haftete gemäß §§ 1525 II, 1411 ff BGB a.F. nur das eingebrachte Gut. Dagegen konnte der Gläubiger keine Befriedigung aus dem Gesamtgut verlangen (§§ 1530 - 1534 BGB a.F.). Diese Freistellung des Gesamtgutes beruhte einfach darauf, daß es sich bei dem Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft um ein Vermögen handelte, das die Ehegatten erst während der bestehenden Ehe erworben hatten. Der Gläubiger sollte sich also nur an dasjenige Vermögen der Ehefrau halten können, das vor der Vereinbarung des Güterstandes vorhanden war. Andererseits sollte das zu diesem Zeitpunkt greifbare Haftungssubstrat dem Gläubiger nicht entzogen werden können. Deshalb war in allen Güterständen, die bis zum 1. Juli 1958 im BGB geregelt waren, bestimmt, daß der Gläubiger wegen vor ehelicher Schulden der Ehefrau Erfüllung wenigstens aus dem Vermögen verlangen konnte, das der Ehefrau vor Eintritt in den Güterstand gehörte. Das Gläubigerinteresse wurde vom Gesetz höher bewertet als das Interesse des Ehemannes und der Familie, die Verfügung zu verhindern.

Der Bundesgesetzgeber hat diesen Grundsatz mit dem Gleichberechtigungsgesetz für den Güterstand der Gütergemeinschaft ausdrücklich übernommen. Nach §§ 1437, 1459 BGB kann der Gläubiger eines Ehegatten Befriedigung aus dem Gesamtgut erlangen, wenn der Anspruch vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieses Güterstandes entstanden war. Der andere Ehegatte, der das Gesamtgut allein oder mit dem handelnden Ehegatten verwaltet, muß die Erfüllung des Anspruchs ermöglichen, andernfalls er zur Leistung verurteilt werden kann (§ 740 I u. II ZPO).

Damit ist für alle gesetzlich geregelten Güterstände - abgesehen von der Zugewinnngemeinschaft - nachgewiesen, daß der Gläubiger nicht dadurch um seinen Anspruch gebracht werden kann, daß der

Schuldner in einen gesetzlichen Güterstand eintritt, der diesen in seiner Verfügungsbefugnis beeinträchtigt. Da andererseits eine andersartige Rechtsfolge nirgendwo ausgesprochen ist, läßt sich daraus wenigstens für das eheliche Güterrecht ein allgemein gültiger Satz dahingehend herleiten, daß der andere Ehegatte die Verfügung seines Ehegatten über eheliches Gut gestatten muß, wenn die Verfügung zur Erfüllung einer vorehelichen Verpflichtung erforderlich ist.

Dieser Grundsatz erhält dadurch eine weitere Stütze, daß auch außerhalb des ehelichen Güterrechts dieselbe Rechtslage besteht. So kann der Nachlaßgläubiger nicht dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt werden, daß der Erblasser eine Nacherbschaft oder eine Testamentsvollstreckung anordnet und so den Erben in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt. Vielmehr wirken sich die Verfügungsbeschränkungen, denen der Erbe dann gemäß §§ 2113 - 2115 BGB und § 2211 BGB unterliegt, nicht gegenüber dem Gläubiger des Erblassers aus. Er kann als Nachlaßgläubiger gegen den Vorerben vorgehen, da dieser gemäß § 2120 BGB von den Nacherben die Zustimmung zu solchen Verfügungen verlangen kann, die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich sind. Ebenso kann der Nachlaßgläubiger im Falle der Verfügungsbeschränkung des Erben gemäß § 2211 BGB die Mitwirkung des Testamentsvollstreckers zu einer Verfügung gemäß § 2213 BGB verlangen.

2. Keine Besonderheit für §§ 1365, 1369 BGB.

Ob die §§ 1411, 1459, 1525 II, 1549 BGB a.F. und die §§ 1437, 1459 BGB n.F. auf die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten gemäß §§ 1365, 1369 BGB entsprechend angewendet werden können, richtet sich nur noch danach, ob sich aus dem Gesetz Anhaltspunkte ergeben, daß der Vertragspartner des Ehegatten hier entgegen dem herausgestellten allgemeinen Grundsatz des Gesetzes seinen Anspruch nicht soll durchsetzen können und die zeitliche Priorität ausnahmsweise hier nicht gilt.

Ausdrücklich sagen zu dieser Frage die Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes nichts aus. Man könnte geneigt sein, den Zweck der §§ 1365 - 1369 BGB, der vor allem auf den Schutz der Familiengemeinschaft gerichtet ist, für so überragend anzusehen, daß dieser es ausnahmsweise rechtfertige, dem Dritten seinen wohlverworbenen Anspruch zu entziehen. Für einen derartig weitgehenden

Schutz der Familiengemeinschaft läßt sich aus dem Gesetz jedoch nichts herleiten. Vielmehr spricht gerade der Schutzzweck der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten gegen eine solche Bewertung. Denn dieser ist, wie eingehend dargelegt worden ist⁶⁷, lediglich relativer Natur. Ob die Sicherung der Familie durch die §§ 1365 - 1369 BGB gewährleistet wird oder nicht, ist allein in den Willen der Ehegatten gestellt. Das öffentliche Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Familie wird durch diese Vorschriften nicht wirksam geschützt, sondern allein die privaten Belange der Familie. Dem privatrechtlichen Anspruch des Gläubigers auf Vornahme der Verfügung steht daher nur ein gleichermaßen privates Interesse der Familie gegenüber, die Verfügung zu verhindern. Reiden Belangen kommt ihrer Natur nach kein Vorrang zu. Nur höherwertige Interessen der Allgemeinheit lassen einen Eingriff in wohlerworbene Rechte zu. Für die Kollision von privaten Rechten und Rechtspositionen gilt dagegen der Grundsatz, daß das ältere Recht Vorrang und Bestand gegenüber dem jüngeren Recht hat.

Auch für den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gilt deshalb der Grundsatz, daß die Rechte des Gläubigers nicht durch Eintritt des Schuldners in den ehelichen Güterstand beeinträchtigt werden können und deshalb der Gläubiger einen Anspruch gegen den anderen Ehegatten auf Zustimmung zu der Verfügung hat, die zur Erfüllung der vorehelichen Verpflichtung des einen Ehegatten erforderlich ist.

67) Vgl. oben § 3 II bei der Frage, ob die §§ 1365, 1369 BGB ein absolutes Veräußerungsverbot enthalten.

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Der Tatbestand der §§ 1365, 1369 BGB .

§ 5

Gegenständliche Umschreibung des § 1365 BGB.
=====

I. Allgemeines zum Inhalt des § 1365 BGB.

§ 1365 BGB untersagt dem Ehegatten, sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen zu verpflichten und diese Verpflichtung zu erfüllen. Soweit nachfolgend der Begriff "Verfügung über das Vermögen im ganzen" gebraucht wird, dient diese Terminologie nur der Abkürzung. Denn die Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen kann nur durch Einzelverfügungen über die jeweiligen Gegenstände, die zusammen das Vermögen des Ehegatten ausmachen, erfüllt werden. Wann eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegt, kann im Einzelfall von vielen Fragen abhängig sein, die in der Literatur und Rechtsprechung zum Teil sehr umstritten sind.

1. Einhellige Meinung ist es allerdings, daß die Verfügungsbeschränkung schon dann eingreift, wenn nahezu das gesamte Vermögen Gegenstand der Verfügung ist; einzelne Gegenstände von unbedeutendem Wert können von der Verfügung ausgenommen bleiben.¹⁾ Andernfalls würde der von § 1365 BGB zugunsten der Familienhabe gewährte Schutz praktisch beseitigt werden, weil der Verfügende regelmäßig irgendwelche Gegenstände zum persönlichen Gebrauch zurückhält. Ob die zurückbleibenden Gegenstände unbedeutend sind, richtet sich nach dem Wertverhältnis zu den Gegenständen der Verfügung. Die Hofübergabe fällt daher z.B. auch dann unter § 1365 BGB, wenn der Gutsbesitzer eine Parzelle mit einem kleinen Wohnhaus oder der Landwirt den Hausrat von der Übergabe ausnimmt.

2. Ebenso besteht Einigkeit darüber, daß § 1365 BGB auch dann eingreift, wenn das Gesamtvermögen des Verfügenden nur aus einem

1) So Bosch, FamRZ 1958, 294; Reinicke, BB 1957, 565 und NJW 1957, 890; Finke, MDR 1957, 514; Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem.3; Pikalo, RdL 1958, 288; Haegeler, RpfL 1959, 5 (III, 1); Schulz-Kersting, JR 1959, 138; OLG Hamm in FamRZ 1959, 118 (119) = RpfL 1959, 16 = NJW 1959, 104; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 249. Ebenso zu § 1444 BGB a.F. RGZ 94, 314 (317) und zu § 419 BGB RGZ 139, 203.

einzigsten Gegenstand, z.B. einem Grundstück, besteht.²⁾ Der Verpflichtungsvertrag braucht nicht eine Sachgesamtheit zu erfassen, wie sie in § 311 BGB vorausgesetzt wird. Denn der Schutzzweck des § 1365 BGB, der zugunsten der Familie und des anderen Ehegatten besteht, wird in gleicher Weise gefährdet, ob die Verfügung einen einzelnen wertvollen Vermögensgegenstand oder eine Sachgesamtheit betrifft. Umstritten ist nur, ob die Parteien bzw. der Vertragspartner wissen müssen, daß es sich bei dem Einzelgegenstand um das Gesamtvermögen des Verfügenden handelt.³⁾

3. Der Begriff "Vermögen" enthält nach dem Sprachgebrauch die Beschränkung, daß es sich nicht um verhältnismäßig geringwertige Gegenstände handeln darf, auch wenn sie das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellen. So wie man nach dem Sprachgebrauch einen Menschen als vermögenslos bezeichnet, der nur unpfändbare Gegenstände besitzt, so unterliegen Verfügungen über verhältnismäßig geringwertige Gegenstände nicht der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB.⁴⁾ Diese Folge ergibt sich aus dem Schutzzweck des § 1365 BGB, wonach der Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage erhalten werden soll. Wo aber kein derartiges Vermögen vorhanden ist, das die Lebensgrundlage der Familie bilden kann, so wird die Existenz der Familie durch eine Verfügung nicht gefährdet. Sie wird vor allem dann nicht angegriffen, wenn der Wert des Vermögensgegenstandes im Verhältnis zu dem regelmäßigen und gesicherten Einkommen des Ehegatten völlig unerheblich ist, wie das OLG Frankfurt⁵⁾ zu Recht annimmt. Die Grenze, bei der Gegenstände ein beachtliches Vermögen im Sinne des § 1365 BGB bilden können, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.

2) Vgl. Seidl, BT Drucks. zu 3409, 2. Wahlperiode, S. 6, Anlagen zu den Stenographischen Berichten; Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, § 1365 Bem.1; Massfeller-Reinicke, GIBG, § 1365 Bem.2; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 2; Erman-Finke, GIBG, § 1365 Bem. 3; Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13 II 1; Reinicke, BB 1957, 564; Finke, MDR 1957, 514; Haegeler, Rpfl 1959, 5; Tiedau, MDR 1959, 81; OLG Hamm, FamRZ 1959, 119 = NJW 1959, 104; LG Detmold, NJW 1958, 1729; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 376; LG Siegen, FamRZ 1959, 64.

3) Näheres dazu unten § 5 IV (subjektive oder objektive Theorie).

4) So im Ergebnis Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, § 1375 Bem.1 und OLG Frankfurt in NJW 1960, 2002.

5) OLG Frankfurt in NJW 1960, 2002.

4. Der Ehegatte muß sich zu einer Verfügung über sein Vermögen "im ganzen" verpflichten oder Verfügungen treffen, die sich auf sein Vermögen "im ganzen" beziehen. Aus den Worten "im ganzen" ergibt sich, daß die Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungen über das gesamte Vermögen in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang stehen müssen, um von der Unwirksamkeitsfolge erfaßt zu werden. Es genügt nicht, daß mehrere Geschäfte lediglich im Ergebnis das gesamte Vermögen betreffen, ohne untereinander in einem inneren Zusammenhang zu stehen. Dann ist nicht das Vermögen im ganzen Gegenstand des Vertrages, sondern jeweils nur ein Bruchteil.

Im Normalfall ist der Zusammenhang durch das einheitliche Verpflichtungsgeschäft gegeben. Durch den Verpflichtungsvertrag werden die Verfügungen, die nach deutschem Recht stets einzeln vorgenommen werden müssen, weil es eine rechtsgeschäftliche Verfügung über einen Inbegriff von Vermögensgegenständen nicht gibt, zu einer Einheit zusammengefaßt.

Notwendige Voraussetzung für § 1365 BGB ist ein solcher einheitlicher schuldrechtlicher Vertrag jedoch nicht. Auch bei mehreren Verpflichtungsverträgen kann § 1365 BGB eingreifen, wenn diese in einem solchen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, daß von einer einheitlichen Handlung des Ehegatten gesprochen werden kann. Dabei ist die Frage, ob die verschiedenen Verpflichtungsgeschäfte eine Einheit darstellen, entscheidend von der Person des handelnden Ehegatten aus zu sehen. Da nämlich § 1365 BGB eine Verfügungsbeschränkung enthält und diese einen Eingriff in die rechtliche Beziehung des Vermögensinhabers zu den ihm gehörenden Gegenständen darstellt, ist auch von der Person des Verfügenden auszugehen. Auf die Person des Leistungsempfängers ist dagegen bei der Frage, ob eine Verfügungsbeschränkung eingreift, nicht abzustellen; ihr Interesse kann nur bei einem Schutz des guten Glaubens ausgeglichen werden.

Der wirtschaftliche Zusammenhang der Rechtshandlungen des Vermögensinhabers ist beispielsweise gewahrt, wenn ein einheitliches Verpflichtungsgeschäft vorliegt, obwohl die Erfüllung sukzessiv erfolgen soll. Er liegt auch dann noch vor, wenn einzelne Geschäfte mit nur einer Person abgeschlossen werden, die aber nach dem Gesamtplan der Parteien das gesamte Vermögen des Ehegatten betreffen sollen.

Eine einheitliche Handlung des Vermögensinhabers kann selbst dann noch gegeben sein, wenn einzelne Gegenstände durch gesonderte Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte an verschiedene Personen veräußert werden, aber die Rechtsgeschäfte in einem engen zeitlichen Zusammenhang stehen und nach dem Plan des Ehegatten eine einheitliche Veräußerung des gesamten Vermögens herbeiführen sollen. Da sich die Verfügungsbeschränkung nur nach der Person des Verfügenden richtet, ist eine subjektive Bindung der einzelnen Leistungsempfänger untereinander⁶⁾ nicht erforderlich, die allerdings bisweilen in der Literatur⁶⁾ für notwendig erachtet wird. Das OLG Hamm⁷⁾ will sogar allein den zeitlichen Zusammenhang genügen lassen. Für die wirtschaftliche Einheit wird aber zusätzlich die Absicht des verfügenden Ehegatten zu berücksichtigen sein. Diese ist allerdings bei zeitlich unmittelbar aufeinander folgenden Geschäften indiziert, so daß den Entscheidungen des OLG Hamm im Ergebnis zuzustimmen ist. Danach greift die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB ein, wenn der Ehegatte zwei Grundstücke, die sein gesamtes Vermögen bilden, innerhalb von wenigen Tagen verkauft.

II. Das Vermögen im Sinne des § 1365 BGB als Aktivvermögen.

Das BGB kennt keinen einheitlichen Vermögensbegriff, wenngleich auch in der Rechtsprechung und Rechtslehre der deutschrechtliche Vermögensbegriff, der nur die Aktiva umfaßt, für den Bereich des BGB zur Regel erhoben ist.⁸⁾ Bei der Vielzahl der Vorschriften, die im BGB das Wort "Vermögen" verwenden, muß der Inhalt des Vermögensbegriffs jeweils nach seinem Sinn ermittelt werden.⁹⁾ Für § 1365 BGB ergibt sich diese Notwendigkeit um so mehr, als in der Rechtslehre Schulz - Kersting¹⁰⁾,

6) Z. B. von Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 3; Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1365 Bem. 5

7) OLG Hamm in NJW 1960, 1466 = FamRZ 1960, 278; zustimmend Breetzke in NJW 1960, 1466; ähnlich Pikalo, RdI 1958, 289.

8) Vgl. die Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, I, § 131 I 4, insbes. Note 12.

9) So Schulz-Kersting, JR 1959, 135; Merdsche, NJW 1958, 1730; Erman-Gröpper, 2. Aufl., § 310 Bem. 3.

10) Schulz-Kersting, JR 1959, 135 und FamRZ 1959, 67.

Merdsche¹¹⁾, Haegele¹²⁾ und Sichtermann¹³⁾ die Ansicht vertreten, der Vermögensbegriff dieser Bestimmungen sei wirtschaftlich zu verstehen, so daß die Verfügungsbeschränkung alle Fälle umfasse, in denen der Ehegatte wirtschaftlich über das gesamte Reinvermögen, also über den gesamten Nettowert verfüge.

Das Problem wird praktisch, wenn der Ehegatte über einen Teil seines Vermögens verfügt und dem bei ihm verbleibenden, an sich erheblichen Vermögensrest Schulden von einer solchen Höhe gegenüberstehen, daß der Vermögensrest wirtschaftlich gesehen nur von unbedeutendem Wert ist. Die genannten Autoren nehmen an, daß in einem solchen Fall über das gesamte Vermögen verfügt werde und deshalb § 1365 BGB eingreife. Die Ansicht findet jedoch im Gesetz keine Stütze.

1. Der Wortlaut des § 1365 BGB, der seine Auslegung durch den Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 1363 II, 1364 BGB erhält, spricht eindeutig für den rein rechtlichen Vermögensbegriff. § 1364 BGB erklärt, daß § 1365 BGB als eine der "folgenden Vorschriften" den Ehegatten in der Verwaltung seines Vermögens beschränke. Das Gesetz sieht somit die Verfügungsbeschränkung als einen Eingriff in das grundsätzlich freie Verwaltungsrecht des Ehegatten an. Die freie Verwaltungsbefugnis, die eingeschränkt wird, bezieht sich ihrerseits aber nur auf das Aktivvermögen. Denn nur Aktivvermögen kann im Rechtssinne verwaltet werden. Wenigstens faßt das Gesetz das Entstehenmüssen für Schulden oder die Befugnis, sie zu erfüllen, nicht unter den Begriff der Verwaltung. Das ergibt sich für die Zugewinnsgemeinschaft speziell aus § 1363 II 1 BGB und im übrigen für das eheliche Güterrecht aus sonstigen Vorschriften. § 1363 II 1 BGB spricht eindeutig vom Aktivvermögen, da nur dieses Gegenstand einer sachenrechtlichen Vergemeinschaftung sein kann, mit der sich die Bestimmung befaßt. Wenn es dann im nächsten Paragraphen heißt, der Ehegatte verwalte sein Vermögen

11) Merdsche, NJW 1958, 1730. Dessen Voraussetzung, daß der Gesetzgeber den Vermögensbegriff im BGB regelmäßig wirtschaftlich verstanden habe, entspricht nicht den Tatsachen (vgl. z.B. zu § 311 BGB RGZ 69, 285 u. 416 sowie Palandt-Lauterbach, BGB, § 311 Bem. 2).

12) Haegele, RpfL 1959, 5 (III, 2) ohne Begründung.

13) Sichtermann, Der Betrieb, 1959 Seite 163.

selbständig, so darf man bei dem unmittelbaren räumlichen und inhaltlichen Zusammenhang der Vorschriften auch auf eine einheitliche Terminologie schließen. Im Übrigen gehen die güterrechtlichen Vorschriften nach altem und neuem Recht davon aus, daß die güterrechtliche Verwaltung von Ehevermögen sich nur auf das Aktiwermögen bezieht. Bei einer Vermögensverwaltung durch den anderen Ehegatten bleiben die Schulden der Disposition des Schuldners unterlegen. Er kann über sie Prozesse führen, während seine Prozeßbefugnis hinsichtlich des Aktiwermögens erloschen ist (vgl. § 1400 I und II BGB a.F., § 1422 BGB = § 1443 BGB a.F.). Steht somit fest, daß die besonders genannte freie Verwaltungsbefugnis der Ehegatten nur das Aktivvermögen betrifft, so kann sich eine Beschränkung der Verwaltungsbefugnis ebenfalls nur auf das Aktivvermögen beziehen.

Es ist unrichtig, zur Auslegung des § 1365 BGB die in §§ 1374, 1375 I BGB verwendeten Begriffe des Anfangs- und Endvermögens heranzuziehen, wie Schulz-Kersting¹⁴⁾ das versucht. Denn diese Vorschriften stehen mit § 1365 BGB in keinem inneren Zusammenhang. Sie enthalten keine sachen- oder verfügungsrechtlichen Gesichtspunkte, sondern dienen allein der Wertermittlung des Ausgleichsanspruchs eines Ehegatten. Außerdem gehen auch diese Bestimmungen von einem rechtlichen Vermögensbegriff aus und schaffen erst durch die ausdrückliche Erklärung, daß von seinem Wert die Verbindlichkeiten abzuziehen seien, den Begriff des Reinvermögens.

Es würde dem Charakter des § 1365 BGB als Verfügungsbeschränkung widersprechen, wenn er sich nicht auf ein bestimmtes Sachvermögen, sondern auf einen wirtschaftlichen Wert bezöge. Denn die Verfügungsbeschränkung ist ein Eingriff in die Fähigkeit einer Person, über einen bestimmten Gegenstand (nicht Wert) verfügen zu können.

2. Wichtiger aber als diese Argumente ist die Feststellung, daß auch der Zweck der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB kein Abweichen von dem deutschrechtlichen Vermögensbegriff erfordert, ja nicht einmal zuläßt. Schulz-Kersting¹⁵⁾ beruft sich für die Gegenansicht ebenfalls auf die Zielsetzung des § 1365 BGB und meint, die zu schützende materielle Existenz der Familie sei engstens mit dem ihr verbleibenden Reinvermögen verknüpft. Es ist sicher richtig, daß die wirtschaftliche Existenz der Familie nur dann

14) Schulz-Kersting, JR 1959, 135.

15) Schulz-Kersting in JR 1959, 135 u. FamRZ 1959, 64.

genügend gesichert ist, wenn ihr der wirtschaftliche Wert des Vermögens erhalten bleibt. Dabei wird aber der Schutzzweck des § 1365 BGB zugunsten der Familie zu weit gezogen. Dieser geht keineswegs dahin, die Familiengemeinschaft in weitestem Maße gegen Verfügungen eines Ehegatten zu sichern, die ihr wirtschaftlich gefährlich werden können. Vielmehr hat das Gesetz ganz bewußt auf einen umfassenden Schutz gegen einseitige Verfügungen eines Ehegatten verzichtet, indem es die Wirksamkeit von ebenso gefährlichen unentgeltlichen, verschwenderischen und schädigenden Verfügungen über Teile des Vermögens unangetastet gelassen hat. Der Gesetzgeber hat im Interesse der Brauchbarkeit des Güterstandes absichtlich eine äußerst unvollkommene Sicherung der Familie in Kauf genommen. Die von Bosch¹⁶⁾ geprägte Devise "Eheschutz vor Verkehrsschutz" ist nur für die §§ 1365 bis 1369 BGB Gesetz geworden. Nur im Rahmen dieser Vorschriften geht der Schutz der Familiengemeinschaft insofern vor, als der gutgläubige Dritte, der die Verfügungsbeschränkung nicht kennt, nicht geschützt wird. Im übrigen ist der Verkehrsschutz über die Interessen der Familiengemeinschaft gestellt. Die freie Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Ehegatten gemäß § 1364 BGB steht grundsätzlich im Vordergrund, so daß der Gedanke der Familieneinheit kaum noch einen erheblichen Ausdruck im ehelichen Güterrecht gefunden hat.¹⁷⁾

Dieser im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen Tendenz, die Verfügungsbefugnis der Ehegatten weitgehend unangetastet zu lassen, würde eine ausdehnende Auslegung des § 1365 BGB widersprechen. Und zu einer Ausdehnung der Bestimmung gelangt man, wenn man den wirtschaftlichen Vermögensbegriff auf sie anwendet, da dann auch Verfügungen über einen Teil des gegenständlichen Vermögens der Verfügungsbeschränkung unterliegen könnten. Es besteht kein Anlaß, den Schutz der Familie über den Wortlaut des § 1365 BGB hinaus auszudehnen, da der Gesetzgeber die Unvollkommenheit des Schutzes im Interesse des Rechtsverkehrs bewußt in Kauf genommen hat. Warum soll für eine Teilfrage der Schutz perfektioniert werden, wenn er bei anderen, unter Umständen noch gefährlicheren Verfügungen vom Gesetz außer acht gelassen ist ?!

Die Ausweitung des § 1365 BGB auf Verfügungen über Teile des

16) Bosch, FamRZ 1957, 195.

17) So Bärmann, JZ 1958, 226.

Vermögens eines Ehegatten, die wertmäßig dem Reinvermögen entsprechen, würde nicht nur die Leichtigkeit, sondern auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs in weitem Maße gefährden. Ist es für den Geschäftspartner schon schwer genug, sich zu vergewissern, ob einzelne Vermögensgegenstände das gesamte Vermögen eines Ehegatten ausmachen, so würden an ihn überspannte Anforderungen gestellt, wenn er zu seiner Sicherung auch noch feststellen müßte, ob nicht ein Teil des Aktivvermögens, über das der Ehegatte verfügt, wertmäßig das Reinvermögen ausmacht. Es ist ihm schier unmöglich, die Schulden und somit das Reinvermögen des Ehegatten festzustellen.

Eine Sonderbehandlung von dinglich gesicherten Verpflichtungen rechtfertigt sich nicht. Wirtschaftlich belasten sie ebenso wie ungesicherte Forderungen das gesamte Vermögen, da sich ihr Wert nach dem der Forderung richtet. Außerdem hängt es oft vom Zufall ab, ob Forderungen dinglich gesichert sind oder nicht. Abweichendes mag gelten, wenn der Vermögenserwerber selbst Gläubiger der Forderung ist, und so das verbleibende Vermögen wirtschaftlich dem erworbenen Vermögen hinzugerechnet werden kann.¹⁸⁾

Schulz-Kersting¹⁹⁾, Merdsche²⁰⁾ und Sichtermann²¹⁾ versuchen, aus § 419 BGB den wirtschaftlichen Vermögensbegriff herzuleiten und diesen auf § 1365 BGB zu übertragen. Abgesehen davon, daß die immer noch herrschende Lehre und Rechtsprechung zu § 419 BGB den juristischen Vermögensbegriff vertritt,²²⁾ sind § 419 BGB und § 1365 BGB nach Tatbestand, Wirkung und Gesetzeszweck völlig verschieden,²³⁾

18) So RG in HRR 33 Nr. 805 für § 419 BGB als Ausnahme von der sonst st. Rechtsprechung des RG zu dem deutschrechtlichen Vermögensbegriff des § 419 BGB.

19) Schulz-Kersting, JR 1959, 135.

20) Merdsche, NJW 1959, 1730.

21) Sichtermann, Der Betrieb, 1959, 163.

22) Vgl. die Übersicht bei Sichtermann, Der Betrieb, 1959, 163 und in dem Urteil des BGH vom 30. 1. 1958 in NJW 1958, 667. Die Entscheidung des BGH weicht nicht grundsätzlich von der ständigen Rechtsprechung des RG (RGZ 80, 257, 266; 82, 273, 277; JW 1919, 822) ab, sondern will nur von Fall zu Fall unterscheiden und billigt das bereits genannte Urteil des RG in HRR 33, Nr. 805.

23) So Knur, DNotZ 1957, 454; Probleme der ZGM, S. 32.

so daß eine Übertragung des Vermögensbegriffs, der zu einer dieser Vorschriften gefunden ist, auf die andere Bestimmung nicht ohne weiteres möglich ist. Bei der Verschiedenartigkeit der Vorschriften muß die Begriffsbestimmung der Tatbestandselemente individuell aus dem Sinnzusammenhang erfolgen, wie es hier geschehen ist. Eher als § 1365 BGB ist § 1390 BGB in Wirkung und Gesetzeszweck mit § 419 BGB vergleichbar. § 1390 BGB bewirkt ebenso wie § 419 BGB eine Haftungsfolge für denjenigen, der dem Gläubiger (in § 1390 BGB dem anderen Ehegatten) das Haftungssubstrat entzogen hat. § 1365 BGB hat eine ganz andere Aufgabe.

Es ist nicht inkonsequent, wenn später an anderer Stelle²⁴⁾ für die Frage, ob § 1365 BGB jegliche Verfügung über das Gesamtvermögen umfaßt, vorwiegend wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden, deren Beachtung hier abgelehnt ist. Denn die unterschiedliche Behandlung beider Fälle gebietet das Gesetz selbst; sie wird von dem einheitlichen Ziel bestimmt, daß die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 ff. BGB keinen vollkommenen Schutz gewähren, sondern auf besonders schwerwiegende Eingriffe in das der Familie dienende Vermögen beschränkt bleiben sollen. Dieser einengenden Auslegung des § 1365 BGB dient hier der juristische Vermögensbegriff und dort die Feststellung, daß nur solche Verfügungen über das Gesamtvermögen unter § 1365 BGB fallen, die dessen wirtschaftlichen Wert in Anspruch nehmen.

III. Gegenstände des Gesamtvermögens.

1. Allgemeines.

Außer Vermögensinbegriffen wie gewerblichen Unternehmungen und landwirtschaftlichen Besitzungen kommen als Gegenstände, die das gesamte Vermögen eines Ehegatten bilden können, Grundstücke und Grundstücksrechte, bewegliche Sachen und Forderungen (Lotteriegewinn, Kapitalabfindung aus einem Unfall) in Betracht.

2. Geld.

Fraglich erscheint, ob auch eine Verfügung eines Ehegatten über

24) Vgl. unten § 5 V.

Geld, das sein gesamtes Vermögen ausmacht, der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. Kann sich z. B. ein Ehegatte allein zum Ankauf eines Grundstückes verpflichten, wenn er zur Erfüllung der Kaufpreisforderung sein gesamtes Vermögen aufwenden muß? Die Frage ist vom AG Delmenhorst²⁵⁾ mit dem Hinweis bejaht worden, der Schutz des anderen Ehegatten könne bei einer Verfügung über Geld ebenso in Frage gestellt werden wie durch eine Verfügung über sonstige Gegenstände. Obgleich durch diese Auslegung des § 1365 BGB der Rechtsverkehr weiterhin erschwert wird, wird an ihr nicht vorbeizukommen sein.²⁶⁾ Denn zweifellos kann der Eigentümer hinsichtlich Geldes einer Verfügungsbeschränkung unterliegen,²⁷⁾ wie das z.B. bei den umfassenden Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau im früheren gesetzlichen Güterstand²⁸⁾, des unter Testamentsvollstreckung stehenden Erben und des Gemeinschuldners deutlich erkennbar ist. Auch ist unerheblich, daß Geld in der Regel der Beschaffung von Gegenwerten dient. Denn § 1365 BGB schützt die Familiengemeinschaft abstrakt, ohne daß eine konkrete Gefährdung vorliegen muß. Es lassen sich daher auch nicht solche Verfügungen ausschließen, denen eine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht.

Allerdings nehmen Geldforderungen als reine Wertforderungen und das Geld als abstrakter Wertträger rechtlich eine Sonderstellung gegenüber sonstigen Leistungsansprüchen ein.²⁹⁾ Das Geld hat heute keinen seiner Bewertung entsprechenden metallistischen Wert mehr; seine rechtliche Bedeutung besteht allein in der Macht, durch Veräußerung einen rechtlich anerkannten Erfolg wie Schuldbegründung oder Schulderrfüllung zu erreichen.³⁰⁾ Der Käufer einer Sache ver-

25) AG Delmenhorst in FamRZ 1959, 243; insoweit zustimmend Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 230 (VIa).

26) A.A. Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 3.

27) Vgl. Westermann, SachR, § 30 V 2; alleinstehend Kaser, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143, 1 ff., der das Geld von der sachenrechtlichen Regelung des Gesetzes loslösen will.

28) Das wird für § 1395 BGB a.F. durch § 1376 Ziff. 1 BGB a.F. besonders klargestellt.

29) Z.B. in der Zwangsvollstreckung, vgl. §§ 894 ff. ZPO einerseits und §§ 803 ff. ZPO andererseits.

30) So Kaser, AcP 143, 1 ff. (7). Ähnlich Martin Wolff, Das Geld, in Ehrenbergs Handb. des Handelsr., Bd. IV 1, S. 563 ff. (637). Vgl. auch Westermann, SachR, § 30 V 1 a.

spricht daher mit der Zahlung des Kaufpreises nicht die Übereignung von bestimmten Sachen, sondern die Verschaffung einer unkörperlichen Macht, die durch das körperliche Geld nur dargestellt wird. Man könnte daher daran denken, den § 1365 BGB in einem solchen Falle nicht anzuwenden, weil der Ehegatte als Käufer sich nicht zur Übertragung bestimmten gegenständlichen Vermögens, sondern zur Verschaffung eines Wertes verpflichtet.

Allein, dieser Weg scheint nicht gangbar. Da § 1365 BGB eine Verfügungsbeschränkung enthält, ist für dessen Eingreifen der Zeitpunkt der Verfügung maßgebend. Und in diesem Zeitpunkt findet ein Vorgang statt, der zwar wirtschaftlich die Übertragung eines abstrakten Wertes bedeutet, der aber den Regeln des Sachenrechts unterliegt.³¹⁾ Wird auch nur die Verschaffung eines Wertes geschuldet, so besteht die Leistung selbst in der Übereignung von Sachen, wenigstens wird sie vom Gesetz so behandelt. Insofern besteht kein Unterschied zu einer Verfügung über sonstige Vermögensgegenstände. Es wird also entsprechend dem oben entwickelten juristischen Vermögensbegriff des § 1365 BGB darauf abzustellen sein, ob im Zeitpunkt der Verfügung das zu übereignende Geld das gesamte Aktivvermögen eines Ehegatten bildet oder nicht.

3. Pfandrechte.

Pfandrechte dienen lediglich der Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche. Sie haben keinen selbständigen Wert, sondern erhöhen höchstens den Wert der schuldrechtlichen Forderung. Wird ein Pfandrecht aufgegeben, so bleibt die Existenz der Forderung dadurch unberührt. Umgekehrt erlischt mit dem Untergang der Forderung bei den akzessorischen Pfandrechten auch die Sicherung, und zwar das Pfandrecht an Sachen und Rechten nach §§ 1252, 1273 II BGB und an Hypotheken nach § 1163 I 2 BGB, während bei der nichtakzessorischen Grundschuld wegen des Bereicherungsanspruchs des Grundstückseigentümers ihr Wert vernichtet wird. Den eigentlichen Vermögenskern bildet daher immer die Forderung. Eine Verfügung über das Vermögen im ganzen kann daher regelmäßig nur vorliegen, wenn gleichzeitig über die Forderung verfügt wird.

31) Die sachenrechtliche Behandlung des Geldes ergibt sich aus §§ 935 II, 1006 I, 1007 II 2 BGB.

Es kann daher nicht dem LG Bremen³²⁾ zugestimmt werden, das bereits in der von einem Hypothekengläubiger abgegebenen Löschungsbewilligung eine Verfügung über das Vermögen im ganzen sieht, ohne näher zu untersuchen, ob die Forderung und damit die Hypothek für den Gläubiger bereits erloschen war oder ob allein die Hypothek ohne Verfügung über die Forderung aufgegeben wurde. Ist die Forderung bestehen geblieben, so kann die erloschene Hypothek nicht das gesamte Vermögen ausmachen. Ist sie dagegen erloschen, so ist es auch die Hypothek; der Hypothekengläubiger verfügt daher durch seine Löschungsbewilligung nicht über die Hypothek, sondern über eine wertlose Buchstellung. Weder bei rechtlicher noch wirtschaftlicher Fassung des Vermögensbegriffs kann daher von einer Verfügung über das gesamte Vermögen gesprochen werden. Die unrichtige Grundbucheintragung ist kein rechtlich zu beachtendes Vermögen.

Auch die weiteren von Meyer-Stolte³³⁾ bezeichneten Fälle kommen nicht als Verfügung über das Vermögen im ganzen in Betracht, wenn lediglich eine Löschung der Hypothek erfolgt. Die von ihm genannte Tilgungshypothek bietet keine Besonderheit. Denn die Höhe der Forderung und der Fremdhypothek sind jeweils identisch, da hinsichtlich der getilgten Raten Eigentümergrundschulden entstehen.³⁴⁾ Ebenfalls ist nicht ersichtlich, warum dann etwas anderes gelten soll, wenn der persönliche Schuldner und der Grundstückseigentümer nicht identisch sind. Anlaß zur Prüfung, ob eine Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegt, besteht bei Hypotheken nur, wenn eine Übertragung oder Belastung erfolgt, da diese nur gleichzeitig mit dem entsprechenden Rechtsgeschäft über die Forderung erfolgen können (§ 1153 II BGB) und somit auch eine Verfügung über die Forderung, die das gesamte Vermögen bilden kann, in Betracht kommt.

Bei Grundschulden liegen die Verhältnisse wegen der fehlenden Akzessorietät zur Forderung etwas anders; das Ergebnis bleibt aber dasselbe. Wird lediglich das Pfandrecht bei Bestehenbleiben der Forderung aufgegeben, so fehlt es wegen der unangetasteten Forderung an einer Verfügung über das Vermögen im ganzen. Wird über die Grundschuld verfügt, nachdem die Forderung erloschen ist, so findet

32) LG Bremen in FamRZ 1959, 244 = MDR 1959, 127.

33) Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 231.

34) Vgl. Palandt-Hoche, BGB, Überblick vor § 1113, Bem. 2 B d.

zwar eine Verfügung über ein eigenes Recht statt, da die Grundschuld bestehen geblieben ist; aber dieses Recht hat wirtschaftlich nur den Wert einer Buchstellung, da der Grundstückseigentümer gemäß § 812 BGB Löschung der Grundschuld verlangen kann und ihr wirtschaftlicher Wert ausgehöhlt ist. Ebenso wie bei der Hypothek kann daher die Verfügung über eine Grundschuld nur dann unter § 1365 BGB fallen, wenn gleichzeitig über die zu sichernde, noch bestehende Forderung verfügt wird.

IV. Subjektive oder objektive Theorie.

1. Das Problem.

In der Literatur und Rechtsprechung³⁵⁾ wird vielfach die Ansicht vertreten, § 1365 BGB greife in den Fällen, in denen der Ehegatte über einen oder mehrere Einzelgegenstände verfügt, nur dann ein, wenn der Vertragsgegner wisse, daß diese Gegenstände das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmachen. Die subjektive Vorstellung der Beteiligten soll darüber entscheiden, ob der objektiv erfüllte Tatbestand des § 1365 BGB eingreift. Die Vertreter dieser als "subjektive Theorie" bezeichneten Ansicht wenden die in der Rechtsprechung zu § 419 BGB zum größten Teil vertretene Lehre auf § 1365 BGB an, obwohl sie grundsätzlich in den sonstigen Fällen des guten Glaubens die Devise "Familienschutz vor Verkehrsschutz"³⁶⁾ gelten lassen und den Schutz des gutgläubigen Erwerbers ablehnen.

Der subjektiven Theorie, deren Vertreter sich insgesamt mit dem Hinweis auf die angeblich bei § 419 BGB bestehende ähnliche Interessenlage begnügen, kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist an der

35) Vertreten wird die sogen. subjektive Theorie von: Seidl, BT.-Drucks. zu 3409, S.6; Massfeller-Reinicke, GLBG, § 1365 Bem. 2; Krüger-Breetzke-Nowack, GLBG, § 1365 Bem.1; Erman-Finke, GLBG, § 1365 Bem.3; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1957, 565 u. NJW 1957, 890; Finke, MDR 1957, 515; Boehmer, FamRZ 1959, 4; Kehrer, Justiz, 1958, 120; Schulin, DRiZ 1959, 79; Berges, KTSch 1958, 69; Sichtermann, DB 1959, 164; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 376 = 1959, 247 = Rpfl 1959, 7; LG Detmold, NJW 1958, 1730; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 249; OLG Frankfurt in NJW 1960, 2002; OLG Hamm in NJW 1960, 1466 = FamRZ 1960, 278 mit zustimmender Anm. von Breetzke; ablehnende Anm. von Weimar, NJW 1960, 2002.

36) Vgl. Bosch in FamRZ 1957, 195.

insbesondere von Bosch³⁷⁾, Knur³⁸⁾, Lorenz³⁹⁾, Schulz-Kersting⁴⁰⁾ und anderen⁴¹⁾ vertretenen Ansicht festzuhalten, daß § 1365 BGB lediglich objektive Tatbestandsmerkmale enthält und keine weiteren subjektiven Voraussetzungen hinzugefügt werden können.

2. Lösung aus dem Gesetz und der Systematik.

Die Entstehungsgeschichte, nach der die Vorstellung des Dritten berücksichtigt werden sollte⁴²⁾, kann bei der Auslegung der Vorschrift nicht bindend sein, weil die Absicht des Gesetzgebers keinen Anhaltspunkt im Gesetz selbst gefunden hat.

Auszugehen ist davon, daß § 1365 BGB eine Verfügungsbeschränkung enthält. Nach der Behandlung, die Verfügungsbeschränkungen im Zivilrecht erfahren haben, können sie lediglich von der Person des Verfügenden, dem Verfügungsgegenstand und objektiven Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Es ist keine Bestimmung bekannt, in der die Verfügungsbefugnis von subjektiven Vorstellungen des Erwerbers bestimmt wird. Soll dessen Vorstellung oder Unkenntnis von der Verfügungsbeschränkung berücksichtigt werden, so geschieht das in allen Fällen in dem eigens dafür zur Verfügung stehenden Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs.⁴³⁾ Danach bleibt trotz des guten Glaubens des Dritten die Verfügungsbeschränkung als solche bestehen, ihre Voraussetzungen werden durch ihn nicht angetastet. Die Berücksichtigung des guten Glaubens hat nur die Wirkung, daß der Dritte so gestellt wird, als wenn die Verfügungsbeschränkung nicht

37) Bosch, FamRZ 1957, 195; 1958, 85, 289, 294, 377.

38) Knur, Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, S. 31 ff. und DNotZ 1957, 454.

39) Lorenz, JZ 1959, 106.

40) Schulz-Kersting, JR 1959, 138.

41) Für die objektive Theorie ebenso: Haegele, Rpfl 1960, 274 (VIII); Pikalo, RdL 1958, 281, 289; Wilhelm Weimar, NJW 1960, 2002; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 229; LG Bremen, FamRZ 1959, 244 = MDR 1959, 127; LG Berlin, FamRZ 1959, 64; auch wohl Bärmann, AcP 157, 163. Zweifelnd Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13 II 1 und Tiedau, MDR 1958, 379 (zur subjektiven Theorie neigend).

42) Vgl. Seidl, BT Drucks., 2. Wahlp., zu 3409, S. 6.

43) Vgl. z. B. §§ 135 I 2, 2211 II BGB, § 7 KO; ähnlich §§ 161 III, 2113 III BGB.

bestanden hätte. Wenn aber schon vom Gesetz ein in seinen Einzelheiten weitgehend ausgebildetes Institut zur Verfügung gestellt wird, in dem der gute Glaube eines Erwerbers berücksichtigt werden kann, so muß auch die Frage nach dem Schutz des Dritten im Einzelfall innerhalb dieses Instituts und nach dessen Rechtsgrundsätzen beantwortet werden. Es besteht keine Berechtigung, darüber hinaus neue Wege einzuschlagen, die im Gesetz keine Stütze finden. Da insoweit keine Lücke im Gesetzssystem besteht, bedarf sie auch nicht der Ausfüllung.

Die von den Vertretern der subjektiven Theorie zu § 419 BGB zitierte Rechtsprechung läßt sich schon deshalb nicht für die Auslegung des § 1365 BGB verwerten, weil § 419 BGB keine Verfügungsbeschränkung, sondern eine Haftungsfolge enthält. Dort konnte der gute Glaube des Vermögensübernehmers nicht bei der Frage nach dem gutgläubigen Erwerb berücksichtigt werden, da die Wirksamkeit der Verfügung nicht in Frage gestellt wurde. Wollte man den gutgläubigen Dritten überhaupt schützen, so müßten neue Wege gefunden werden, die im Gesetz ohne Vorbild waren. Was sich aber für § 419 BGB als notwendig erwies, ist für § 1365 BGB nicht gestattet, da ein vom Gesetz ausgebildetes, spezifisches System besteht, innerhalb dessen die Frage nach dem Schutz desjenigen, der von dem Bestehen einer Verfügungsbeschränkung keine Kenntnis hat, zu beantworten ist. Wenn also die Vertreter der subjektiven Theorie den Dritten schützen wollen, so müssen sie sich auch dazu bekennen, die §§ 135 II 1, 2113 III, 2211 II BGB, § 7 KO u.a. für diesen Fall entsprechend anzuwenden, obwohl sie in den sonstigen Fällen des guten Glaubens deren Anwendbarkeit verneinen.⁴⁴⁾

Die systemwidrige Berücksichtigung des guten Glaubens des Dritten durch die subjektive Theorie bereitet deren Vertreter nicht nur bei der Bestimmung der Voraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der Wirkungen Schwierigkeiten. Obwohl sie dem Dritten einen wirksamen Schutz angedeihen lassen wollen, wird das auf diesem Wege kaum möglich sein. Da sie den Dritten nicht als gutgläubigen Erwerber im technischen Sinne ansehen, kann auch für sie § 892 BGB

44) Näheres zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers s.u. § 10 I und II.

keine Anwendung finden. Der Erwerber eines Grundstücks, welches das Gesamtvermögen eines Ehegatten darstellt, könnte dann erst mit der vollendeten Eintragung geschützt werden. Er würde aber regelmäßig in allen Fällen, in denen das Grundbuchamt eine Verfügung über das Vermögen im ganzen feststellt oder vermutet, durch eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes bösgläubig werden. Gerade bei den wichtigsten Grundstücksgeschäften wäre dann ein Schutz allzu oft nicht durchführbar.⁴⁵⁾

Schwierigkeiten würden sich ferner bei der Behandlung des Verpflichtungsgeschäfts ergeben. Nach der objektiven Theorie ist der Verpflichtungsvertrag auch bei Gutgläubigkeit des Dritten unwirksam. Wird der gutgläubige Erwerber geschützt, so wird das Verfügungsgeschäft wirksam. Der Verpflichtungsvertrag folgt als Hilfstatbestand der Verfügung und erstarkt ebenfalls zur Wirksamkeit. Eine rechtsdogmatisch klare Lösung. Schwebend unwirksame Verfügungen und Verpflichtungen können wirksam werden. Nach der subjektiven Theorie greift aber im Augenblick des Verpflichtungsvertrages die Verfügungsbeschränkung nicht ein, weil der Erwerber gutgläubig ist. Der Vertrag kommt daher wirksam zustande. Was wird aber, wenn der Dritte vor Vollzug der Verfügung von dem Charakter des Rechtsgeschäfts Kenntnis erhält? Soll der einmal vollgültig abgeschlossene Vertrag rückwirkend erlöschen? Ein kaum haltbares Ergebnis. Die subjektive Theorie könnte sich nur helfen, wenn die Vorstellung der Parteien beim Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages für das gesamte Geschäft maßgebend sein soll. Zu diesem Ergebnis kommt tatsächlich das LG Bielefeld⁴⁶⁾, das besonders auf die sonst bestehende Unsicherheit für den Rechtsverkehr hinweist. Darin liegt aber eine Verkenntung des § 1365 BGB, dessen Eingreifen sich nach dem Zeitpunkt der Verfügung zu richten hat. Das Verpflichtungsgeschäft, dessen Unwirksamkeit nach den oben⁴⁷⁾ gemach-

45) Darauf weisen Bosch, FamRZ 1958, 376 und Haegele, RpfL 1959, 6 hin.

46) LG Bielefeld in FamRZ 1959, 245 (247) = RpfL 1959, 7. Die dort zitierten Literaturstellen (Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1365 Bem. 2; Erman-Finke, BGB, § 1365 Bem. 3; Reinicke, BB 1957, 564) belegen die Ansicht des LG Bielefeld nicht. Es heißt in den Zitaten, das Rechtsgeschäft bedürfe nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten, auf den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit wird nicht eingegangen.

47) Vgl. oben § 2, III 1.

ten Ausführungen nur ein Hilfstatbestand ist, kann für das Eingreifen der Verfügungsbeschränkung keine entscheidende Bedeutung haben. Die Entscheidung des LG Bielefeld läßt daher nicht nur den vom Gesetz in § 892 II BGB als maßgebend bezeichneten Zeitpunkt für den guten Glauben außer Betracht, sondern kehrt die Bedeutung von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft innerhalb der Verfügungsbeschränkung um, damit es die subjektive Theorie überhaupt halten kann.

3. Vergleich mit scheinbar ähnlichen Fällen.

Die gegen die subjektive Theorie vorgebrachten systematischen Bedenken und ihre Folgen werden in der Literatur nicht genügend beachtet. Dafür weisen Knur⁴⁸⁾ und Lorenz⁴⁹⁾ eingehend nach, daß die zu § 419 BGB entwickelte subjektive Theorie sich nicht auf § 1365 BGB übertragen läßt, weil der Gesetzeszweck, der Tatbestand und die Rechtsfolgen in beiden Bestimmungen durchaus verschieden sind.⁵⁰⁾ Diesen Argumenten kann nur zugestimmt werden, ohne daß sie im einzelnen wiederholt werden müssen.

Aus den verschiedenartigen Rechtsfolgen läßt sich weiterhin der Schluß herleiten, daß die Vorstellung des Dritten in § 419 BGB und § 1365 BGB verschieden bewertet werden muß. In § 1365 BGB wird nur die rechtliche Beziehung einer Person zu einem oder mehreren Gegenständen angegriffen; die Beschränkung richtet sich daher nach der Person des Verfügenden, nicht nach der des Erwerbers. Dagegen führt § 419 BGB eine Haftung des Vermögenserwerbers herbei, die sich als gesetzliche Verpflichtung nach der Person des Dritten richtet. Das subjektive Schwergewicht beider Bestimmungen ist daher durchaus auf verschiedene Personen ausgerichtet, so daß auch eine verschiedene Behandlung der Vorstellungen des Erwerbers in beiden Fällen angezeigt erscheint.

§ 419 BGB schafft zur Sicherung der Gläubiger einen Haftungstatbestand, der sich nach dem Gesetzeswortlaut allein an die Tatsache der Vermögensübernahme knüpft. Es entspricht aber einem

48) Knur, Probleme der ZGM, S. 32-36; vgl. auch DNotZ 1957, 454.

49) Lorenz, JZ 1959, 106 r.

50) So Knur, Probleme der ZGM, S. 32; DNotZ 1957, 454; gegen diese Argumentation Koeniger, DRiZ 1959, 372 (I3).

Grundsatz des Zivilrechts, daß eine Haftung die Kenntnis oder das Kennenmüssen des haftungsbegründenden Tatbestandes voraussetzt, wenn nicht gerade ein Gefährdungstatbestand verursacht ist.⁵¹⁾ Da § 419 BGB das Vorstellungsbild des Vermögenserwerbers unberücksichtigt läßt, mag es sich deshalb rechtfertigen, durch die subjektive Theorie eine dem Verschuldensgrundsatz angenäherte Korrektur zu schaffen. Demgegenüber enthält § 1365 BGB eine Verfügungsbeschränkung, die nach dem BGB allein in der Tatsache der Anordnung begründet und von der Vorstellung oder einem Verschulden der Beteiligten unabhängig ist.

Mit Knur⁵²⁾ lassen sich weitere Argumente gegen die Anwendbarkeit der subjektiven Theorie für § 1365 BGB anführen. Der weitergehende Schutzzweck des § 1365 BGB, der nicht nur wie § 419 BGB schuldrechtliche Ansprüche, sondern ferner die Existenz der Familie sichert, rechtfertigt es, gegenüber dem Erwerber eines Gesamtvermögens weniger verkehrsfreundlich zu sein.^{52a)} Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die subjektive Theorie zu § 419 BGB zwar herrschend, aber durchaus nicht unbestritten ist.⁵³⁾

§ 311 BGB läßt sich zur Stützung der subjektiven Theorie nicht heranziehen. Die Interessenlage der Beteiligten ist in § 311 BGB eine völlig andere, so daß ein Vergleich mit § 1365 BGB entgegen Kegel⁵⁴⁾ ausscheiden muß. § 311 BGB übt als Formvorschrift lediglich eine Warnfunktion für den Vermögensveräußerer aus, deren er nicht bedarf, wenn die Veräußerung sich auf einen oder mehrere bestimmte Gegenstände bezieht.⁵⁵⁾ § 1365 BGB geht ebenso wie § 1444 BGB a. F. dem Umfange nach weiter als § 311 BGB, wie

51) Bei den Haftungsverträgen wie Verpfändung, Bürgschaft, Schuldbeitritt usw. besteht Kenntnis von der Möglichkeit der Haftung. Bei der Haftung wegen unerlaubter Handlung wird Verschulden vorausgesetzt.

52) Knur, Probleme der ZGM, S. 32-34.

52a) Ähnlich Wilh. Weimar in NJW 1960, 2002: das Zweckstreben des § 1365 BGB, nämlich der vermögensrechtliche Bestandsschutz der Familie, verdiene den Vorrang.

53) Vgl. die eingehende Übersicht bei Knur, Probleme der ZGM, S. 33, 34 und in DNotZ 1957, 454. Die Rechtspr. d. RG ist allerdings seit RGZ 134, 121 (125) konstant, sie vertritt die subjektive Theorie (RGZ 154, 375; 160, 13).

54) Kegel, Gerhard, in: Knur, Probleme der ZGM, S. 56. Wie im Text Reinicke, BB 1957, 564; Erman-Finke, GlBG, § 1365, Bem. 3.

55) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 311 Bem. 2; RGZ 69, 420, st. Rspr.

Reinicke⁵⁶⁾ zu Recht betont.

Soweit zu § 1822 Ziff. 1 und § 1444 BGB a.F. = § 1423 BGB n.F. die subjektive Theorie gilt bzw. galt⁵⁷⁾, kann das Ergebnis ebenfalls wegen der unterschiedlichen Interessenlage nicht auf § 1365 BGB übertragen werden. Denn die Verfügung des Vormunds über das Gesamtvermögen des Mündels wie auch die des Ehemannes über das Gesamtgut können den Mündel bzw. die Ehefrau nicht in demselben Umfang gefährden wie eine entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten im Falle des § 1365 BGB. Die Ehefrau ist auch bei Anwendung der subjektiven Theorie nach §§ 1445, 1446 BGB a.F. = 1424, 1425 BGB n.F. jedenfalls dann geschützt, wenn das Gesamtvermögen Grundstücke umfaßt oder wenn die Verfügung unentgeltlich ist. In einem noch weiteren Umfang ist der Mündel vor schädigenden Rechtsgeschäften des Vormundes durch §§ 1804, 1821, 1822 BGB gesichert. Derartige Schutznormen fehlen aber im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Weil solche Sicherungsmittel nicht vorhanden sind, die in etwa einen Ausgleich gegen die subjektive Theorie schaffen, muß der durch § 1365 BGB gewährte Schutz streng durchgeführt werden, um überhaupt zu einer einigermaßen wirksamen Sicherung der Familie zu gelangen.

Die subjektive Theorie wird daher zu § 1365 BGB abzulehnen sein.

V. Beschränkung des § 1365 BGB auf wertausschöpfende Verfügungen.

§ 1365 BGB bezieht sich nach seinem Wortlaut auf jede Art von rechtsgeschäftlichen Verfügungen, wenn sie nur das gesamte Vermögen betreffen. Danach fiele die Belastung eines Grundstücks im Werte von 100.000,—DM mit einer Hypothek von 1.000,—DM unter diese Vorschrift, obwohl dadurch weder der künftige Ausgleichsanspruch noch die Existenz der Familie auch nur abstrakt gefährdet werden können. Es erhebt sich daher die Frage, ob § 1365 BGB seinem Sinne nach eine Einschränkung dahin erhalten muß, daß nur solche rechtsgeschäftlichen Verfügungen von der Beschränkung erfaßt werden, die

56) Reinicke, BB 1957, 564; RGZ 94, 317 zu § 1444 BGB a.F.

57) Die subjektive Theorie wird zu § 1822 Ziff.1 BGB bejaht vom BGH in FamRZ 1957, 121. RGZ 94, 314 (317) sagt entgegen dem Hinweis, den Seidl in BT Drucks. zu 3409, S. 6 gibt, nichts zur subjektiven Theorie zu § 1444 BGB a. F. aus; dort tauchte das Problem nicht auf, da sich aus dem Vertrag selbst ergab, daß die übereigneten Gegenstände das gesamte Vermögen des Verfügenden ausmachten.

den gesamten wirtschaftlichen Wert des Vermögens in Anspruch nehmen. In der Literatur ist diese Frage, ob die Verfügung in § 1365 BGB wirtschaftlich⁵⁸⁾ oder rechtlich⁵⁹⁾ das gesamte Vermögen ergreifen muß, lebhaft umstritten. Sie erhebt sich insbesondere dann, wenn ein oder mehrere Grundstücke das gesamte Vermögen eines Ehegatten ausmachen und das oder die Grundstücke mit dinglichen Rechten belastet werden, die nicht den Substanzwert des Vermögens ausschöpfen.

Wenngleich der Rechtsausschuß des Bundestages nicht in Betracht gezogen hatte, daß Grundstücksbelastungen unter § 1365 BGB fallen würden⁶⁰⁾ und deswegen das Problem nicht gesehen hat, ist nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung unstreitig die Hypothekenbestellung als rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne des § 1365 BGB anzusehen.⁶¹⁾ An dem Verfügungsbegriff läßt sich nicht rütteln; er ist vorgegeben. Die abweichende Ansicht von Breetzke⁶²⁾, der die Verpfändung eines Vermögens nicht unter § 1365 BGB rechnet, steht wohl allein da.

58) Zu der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bekennen sich: Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 2; Kehler, Justiz 1958, 120; Tiedau, MDR 1958, 378, 379 u. MDR 1959, 81; Lorenz, JZ 1959, 106; Schulz-Kersting, JR 1959, 137, 138 u. FamRZ 1959, 67; Merdsche, NJW 1958, 1729; OLG Hamm, FamRZ 1959, 118 = Rpfl 1959, 16 = NJW 1959, 104 und in FamRZ 1959, 166; OLG Düsseldorf, JMB1 NRW 1959, 53; LG Oldenburg, FamRZ 1959, 248 = DNotZ 1959, 204; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 248; LG Augsburg, FamRZ 1958, 241 = DNotz 1958, 550; LG Berlin, FamRZ 1959, 64; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1959, 247 = NJW 1959, 104; ferner Koeniger, DRiZ 1959, 372 (I1) und Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13 II.

59) Die rechtliche Betrachtungsweise vertreten: Bosch, FamRZ 1958, 294 Note 59, 377, 469, 470; FamRZ 1959, 119, 168; Hoche, NJW 1958, 2069; Haagele, Rpfl 1959, 6; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 232. In der Rechtsprechung hat die Ansicht kaum noch Gültigkeit: Der Beschluß des LG Siegen in FamRZ 1959, 64 ist aufgehoben durch das OLG Hamm, FamRZ 1959, 166 = DNotz 1959, 259. Das LG Bielefeld hat seine frühere Ansicht (FamRZ 1958, 376) später (FamRZ 1959, 245) zugunsten der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgegeben. Geblieben ist allein die Entscheidung des LG Detmold in NJW 1958, 1729 = Rpfl 1959, 6.

60) Vgl. Seidl, BT Drucks., 2. Wahlp., zu 3409, S. 6 und Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 232.

61) Sämtliche in Noten 58 und 59 bezeichneten Verfasser und Gerichtsentscheidungen gehen notwendig von dieser Voraussetzung aus, da sich sonst das Problem der wirtschaftlichen oder rechtlichen Betrachtungsweise für sie nicht stellen würde.

62) (Krüger) - Breetzke- (Nowack), GlBG, § 1365 Bem. 1.

Nur eine klare Trennung der drei Begriffe "Vermögen im ganzen", "Verfügung" und "Verfügungsbeschränkung" ermöglichen die Lösung des Problems. Der Meinungsstreit ist, wie sich zeigen wird, zum großen Teil darauf zurückzuführen, daß verkannt wird, bei welchem der drei genannten Begriffe wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden dürfen.

1. Rechtsdogmatische Klärung.

Obwohl die Vertreter der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Ergebnis zu einer wirtschaftlich brauchbaren und richtigen Begrenzung des § 1365 BGB gelangen, geraten sie in Widerstreit zu rechtlichen Grundbegriffen, indem sie behaupten, es werde nicht über das Vermögen im ganzen verfügt, wenn die Verfügung wirtschaftlich nicht den gesamten Wert des Vermögens ergreife.⁶³⁾ Sie versuchen vielfach durch eine wirtschaftliche Auslegung des Vermögens- oder Verfügungsbegriffs zu einer Einengung der Verfügungsbeschränkung zu gelangen, indem sie aus der Schutztendenz des § 1365 BGB herleiten, die Bestimmung setze eine Verfügung über einen Vermögenswert voraus, der rein wirtschaftlich gefaßt sei. So spricht das LG Itzehoe⁶⁴⁾ klar aus, daß der Verfügungsbegriff in § 1365 BGB wirtschaftlich zu fassen sei. Andere, wie Merdsche⁶⁵⁾ und Sichtermann⁶⁶⁾, versuchen, durch wirtschaftliche Fassung des Vermögensbegriffs zu einer einschränkenden Auslegung des § 1365 BGB zu gelangen, wobei nicht beachtet wird, daß Verfügungen sich nur auf Gegenstände, nicht aber auf Werte beziehen können.

Mit Recht wenden sich die Anhänger der sogen. rechtlichen Betrachtungsweise gegen diese Verstöße gegen Grundgedanken des Sachenrechts.⁶⁷⁾ Die Verfügungsbeschränkung ist ein singulärer Eingriff in die Beziehung einer Person zu einem oder mehreren Gegen-

63) Dieser Gesichtspunkt kehrt bei fast allen Vertretern der wirtschaftlichen Betrachtungsweise mehr oder weniger deutlich wieder.

64) LG Itzehoe in FamRZ 1959, 248 (249); ebenso auch wohl LG Berlin in FamRZ 1959, 64 (66) und LG Nürnberg-Fürth in FamRZ 1959, 247 = NJW 1959, 104.

65) Merdsche in NJW 1958, 1730.

66) Sichtermann, Der Betrieb, 1959, 163, 164.

67) So insbesondere Hoche in JW 1958, 2069 und Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 232.

ständen. Es gibt nur eine Verfügungsbeschränkung, die sich auf bestimmte Gegenstände bezieht, nicht aber eine solche, die nur einen Teil oder einen rechnerischen Wert des Gegenstandes erfaßt. Greift die Verfügungsbeschränkung ein, so erfaßt sie den gesamten Gegenstand. Die Höhe einer Belastung spielt sachenrechtlich für die Verfügungsbeschränkung keine Rolle. Werden die Voraussetzungen für die Verfügungsbeschränkung als gegeben angesehen, so besteht keine Möglichkeit mehr, wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Um dieses Ziel zu erreichen, kann auch nicht der Verfügungsbegriff in § 1365 BGB zugunsten der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgeweicht werden. Dieser Begriff ist nur insoweit Zweifelsfragen ausgesetzt, als es um die Frage geht, wann ein subjektives Recht und in welchen Fällen eine Änderung seines Bestandes gegeben ist. Beides kann aber bei einer Grundstücksbelastung mit einer Hypothek nicht in Zweifel gestellt werden.

Es bleibt nur noch der Begriff der Verfügungsbeschränkung, welcher der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Erfolg verhelfen könnte. In der Tat ist er allein wirtschaftlichen Gesichtspunkten zugänglich. Seine verbindliche Kennzeichnung besteht darin, daß die Beschränkung einen singulären, ausnahmsweisen Eingriff in die Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers enthält. Die Beschränkung muß sich daher auf eine bestimmte Person und auf bestimmte Gegenstände beziehen. Im übrigen liegen ihre Voraussetzungen weder logisch noch gesetzlich allgemein fest. Das Gesetz kann daher ihr Eingreifen auch von wirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig machen. Ähnlich richtet sich z.B. in §§ 1446 a.F., 1425, 2113 II, 2205 Satz 2 BGB die Verfügungsbefugnis nach dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt der Entgeltlichkeit einer Verfügung. Ebenso besteht rechtstheoretisch kein Bedenken, die Verfügungsbefugnis der Ehegatten in § 1365 BGB davon abhängig zu machen, ob die Verfügung über das Vermögen im ganzen den gesamten Vermögenswert in Anspruch nimmt.

Das von Vertretern der rechtlichen Betrachtungsweise angeführte Argument, daß nämlich die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB sich nicht auf einen wertmäßigen Teil des Grundstücks beziehen könne, greift daher wohl gegen die Art der Begründung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein, soweit der Vermögens- oder

Verfügungsbegriff wirtschaftlich gesehen wird. Dagegen dringt es nicht durch, wenn die Voraussetzungen für das Eingreifen der Verfügungsbeschränkung von wirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig gemacht werden. Das ist vom OLG Hamm richtig erkannt worden, das nur auf diese Voraussetzungen abstellt.⁶⁸⁾

2. Tatsächlicher Inhalt des § 1365 BGB.

Es bleibt festzustellen, ob nach dem Gesetz tatsächlich eine derartige Beschränkung des § 1365 BGB auf wertausschöpfende Verfügungen geboten ist.

Der Wortlaut der Bestimmung enthält keine entsprechende Einarbeitung. Er ist allerdings auch die einzige Stütze für die sogenannte rechtliche Betrachtungsweise.

Die Entstehungsgeschichte spricht dafür, daß der Gesetzgeber in § 1365 BGB nur solche Verfügungen verhindert wissen wollte, die der Familiengemeinschaft den Substanzwert des Vermögens entziehen. Wie sich aus dem parlamentarischen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages⁶⁹⁾ ergibt, ist die Frage, in welchem Umfang Vermögensbelastungen unter § 1365 BGB fallen, überhaupt nicht erörtert worden. Der Rechtsausschuß hat in seinen Beratungen offenbar nur an Vermögensveräußerungen gedacht. Daß er andere als diese wertausschöpfenden Verfügungen nicht einmal in Erwägung gezogen hat, spricht für seine Absicht, durch § 1365 BGB nur solche Verfügungen zu unterbinden, die den gesamten wirtschaftlichen Wert des Vermögens eines Ehegatten in Anspruch nehmen.

Bei dieser spärlichen und nicht ganz eindeutigen Äußerung eines am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organs bleibt für die Auslegung des § 1365 BGB in erster Linie der Sinnzusammenhang, in den diese Vorschrift gestellt ist, entscheidend. Der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers ist ohnehin nur ein untergeordnetes Hilfs- und Kontrollmittel.⁷⁰⁾ Maßgebend ist vielmehr der aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang der Vorschrift sich ergebende,

68) OLG Hamm in FamRZ 1959, 118 (119) - NJW 1959, 104 - RpfI 1959, 16. Ebenso auch Schulz-Kersting, JR 1959, 137 r.

69) Seidl, BT Drucks., 2. Wahlp., zu 3409, S. 8 = BT Sitz. Prot., S. 11830 D.

70) Vgl. Bosch in FamRZ 1958, 294: "Die Absicht des Gesetzgebers kann keinen die Rechtspraxis verpflichtenden Charakter haben."

objektiverte Wille des Gesetzgebers.⁷¹⁾ Dabei kommt dem Sinnzusammenhang primäre Bedeutung zu, da sich aus ihm der objektiverte Wille des Gesetzgebers oft aus vielen Einzelpunkten und darum gründlicher ermitteln läßt als aus dem Wortlaut, der wegen seiner Einmaligkeit leichter Fehlern unterworfen ist.

Die zahlreichen Autoren und Entscheidungen⁷²⁾, die § 1365 BGB nur dann anwenden wollen, wenn durch die rechtsgeschäftliche Verfügung das Vermögen weitgehend entwertet wird, berufen sich auf den aus der Entstehungsgeschichte abgeleiteten Schutzzweck dieser Bestimmung, die der Erhaltung der Existenzgrundlage der Familie und der Sicherung des künftigen Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten dient. Eine Begründung aus dem Gesetz selbst wird nicht versucht, obwohl nur dieser Weg zu einem sicheren Ergebnis führen kann.

Ansatzpunkt für die Umschreibung des § 1365 BGB sind die §§ 1375, 1386, 1390 BGB. Aus ihnen wird deutlich, daß nur besonders weittragende Eingriffe eines Ehegatten in seine Vermögenssubstanz der Unwirksamkeit ausgesetzt sein sollen und alle übrigen nachteiligen Verfügungen unangetastet bleiben, selbst wenn durch sie die Verwirklichung der künftigen Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten erschwert oder ganz in Frage gestellt wird.

Die §§ 1375, 1380, 1390 BGB zeigen, daß der Ehegatte sogar unentgeltliche, verschwenderische und absichtlich den anderen Ehegatten benachteiligende Verfügungen vornehmen kann. Wenn nicht gerade ein Fall der Kollusion vorliegt und das Rechtsgeschäft von § 138 I BGB erfaßt wird, bleiben Verpflichtungs- und Verfügungsge-
schäft voll wirksam. Der aus solchen Verfügungen erwachsende Nachteil wird zugunsten des anderen Ehegatten in erster Linie nur im Innenverhältnis der Eheleute berücksichtigt, indem der Wert des veräußerten Gegenstandes dem Endvermögen des anderen Ehegatten insofern zugute kommt, als sich sein Ausgleichsanspruch gemäß § 1375 II BGB rechnerisch erhöht. Selbst eine konkrete Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderung hat auf die Wirksamkeit der Verfü-

71) So Urt. d. BVerfG in BVerfGE 1, 301 = NJW 1952, 737; Knur, Probleme der ZGM, S. 39.

72) Zit. in Note 58 dieses Abschnitts.

gung keinen Einfluß. Erst wenn sich zeigt, daß die Ausgleichsforderung mangels ausreichenden Vermögens des verfügenden Ehegatten entsprechend § 1378 II BGB nicht oder nicht ganz verwirklicht werden kann, tritt eine gewisse Außenwirkung gegenüber dem Dritten ein. Diese besteht aber nicht etwa in der Unwirksamkeit der Verfügung, sondern lediglich in der Haftungsfolge des § 1390 BGB.

Wenn das Gesetz die in § 1375 II BGB genannten Verfügungen unangetastet läßt und nicht einmal unentgeltliche Verfügungen von erheblichem Umfang für unwirksam erklärt, so ergibt sich daraus, daß nur solche Rechtsgeschäfte unter § 1365 BGB fallen können, welche die Existenz der Familie ganz erheblich gefährden. Es wäre mit der großzügigen Handhabung der Verfügungsfreiheit durch das Gesetz nicht vereinbar, daß weniger gefährliche Verfügungen unwirksam sein sollten, nur weil sie sich auf das gesamte Vermögen erstrecken. Daß aber sowohl der künftige Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten wie auch die wirtschaftliche Existenz der Familie weniger gefährdet sind, wenn der Ehegatte sein Grundstück, das einen Verkehrswert von 50.000,-DM hat, mit einer Hypothek von einigen tausend D-Mark belastet, als wenn er das Grundstück parzelliert und wertmäßig die Hälfte davon - eventuell sogar unentgeltlich - veräußert, liegt auf der Hand. Eine Vinkulierung des Vermögens als Gesamtheit nur deshalb zu befürworten, weil die Verfügung mehr oder weniger zufällig das gesamte Vermögen betrifft, entbehrt jeglichen gesetzgeberischen Grundes. Das Gesetz will, wenn es sinnvoll sein soll, wirtschaftlich vernünftige und nicht zufällige Ergebnisse erreichen. Reiner Zufall ist es aber z.B., ob der Bauer eine Gesamthypothek für eine Darlehensschuld an seinen sämtlichen Grundstücken oder nur an 10 von seinen 20 Parzellen bestellt. Sollen beide Fälle verschieden behandelt werden, nur weil im ersten Fall rechtlich das gesamte Vermögen Gegenstand der Verfügung ist? Das läßt sich vom Sinn des Gesetzes her nicht rechtfertigen, das nur solche Verfügungen verhindern will, die nahezu den gesamten wirtschaftlichen Wert des Vermögens in Anspruch nehmen. Denn nur solche Verfügungen können einschneidendere Wirkungen haben als die in § 1375 II BGB genannten Rechtsgeschäfte. Und einschneidender muß die Verfügung sein, wenn sie die in § 1375 II BGB aufgezeigte Grenze, innerhalb der noch schädigende Verfügungen wirksam sind, überschreiten und mit der Unwirksamkeitsfolge belastet werden soll.

Die Konzeption des Gesetzes dürfte somit klar sein. Sie wird noch deutlicher, wenn man bedenkt, daß § 1365 BGB der Regelung des § 1444 BGB a.F. entnommen ist.⁷³⁾ Obwohl sich der Mangel der Verfügungsbefugnis des Ehemannes in §§ 1445, 1446 BGB a.F. auch auf unentgeltliche und Grundstücksverfügungen bezog, hat der Gesetzgeber im Interesse der Brauchbarkeit des neuen gesetzlichen Güterstandes diese Bestimmungen bewußt nicht übernommen, um den Rechtsverkehr nicht so sehr zu erschweren.⁷⁴⁾ Die zu vermeidende Erschwerung des Rechtsverkehrs wird aber gerade herbeigeführt, wenn jegliche Belastung des Gesamtvermögens der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfte.

Die Entstehungsgeschichte und vor allem der Sinnzusammenhang des § 1365 BGB machen daher eine Einschränkung seines Wortlauts dahin erforderlich, daß von ihm nur solche rechtsgeschäftlichen Verfügungen erfaßt werden, die den Verkehrswert des Vermögens ganz oder nahezu ganz in Anspruch nehmen und ausschöpfen.

Die Auslegung dahin, daß auch solche Verfügungen unter § 1365 BGB fallen, die nahezu den gesamten Vermögenswert erfassen, ist einmal notwendig, weil es beispielsweise Verpfändungen, die genau den Vermögenswert rechnerisch ausschöpfen, kaum gibt. Ein gewisses Restvermögen verbleibt dem Verfügenden fast immer. Der durch § 1365 BGB bezweckte Schutz der Familiengemeinschaft erfordert es jedoch, auch solche Verfügungen für unwirksam zu erklären, die nur einen verhältnismäßig unbedeutenden Restwert unangetastet lassen. Die Begründung dafür ist bereits oben unter § 5 I 1 erfolgt.

Zum anderen ist die vorgeschlagene Auslegung deshalb geboten, weil bei der Frage, ob eine Verfügung den Wert des Vermögens ausschöpft, jeweils nur Schätzwerte ermittelt werden können, denen eine gewisse Ungenauigkeit eigen ist. So ist der Wert eines Hausgrundstücks von so zahlreichen Faktoren abhängig, daß sich ein absoluter Verkehrswert nicht errechnen läßt. Dementsprechend können für die Frage, ob eine Verfügung den Wert des gesamten Vermögens ausschöpft, ebenfalls nur Annäherungsbeträge ermittelt werden. Der unvermeidbare Beurteilungsspielraum muß zu Lasten des verfügenden

73) Vgl. die Begründung zu § 1372 des Regierungsentwurfs II; Messfeller-Reinicke, GLEG, § 1365 Bem. 1; Reinicke, BB 1957, 564.

74) Vgl. Seidl, BT Drucks. zu 3409, S. 6

Ehegatten gehen, da durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Wortlaut des § 1365 BGB zugunsten des verfügenden Ehegatten eingeschränkt wird und deshalb etwaige Schwierigkeiten und Zweifel nur zu seinem Nachteil gewertet werden dürfen.

Wann der gesamte Vermögenswert durch eine Verfügung nahezu ausgeschöpft wird, läßt sich nach dem Gesagten nicht durch starre Grenzen festlegen, sondern richtet sich nach der Verkehrsanschauung. Die Grenze ist erreicht, wenn dem Rechtsgeschäft, das die Verfügung zum Gegenstand hat, eine solche Bedeutung zukommt, daß im Verhältnis dazu der verbleibende, nicht ausgeschöpfte Vermögenswert nicht mehr wesentlich ist. Belastet z.B. ein Ehegatte sein Grundstück, das sein gesamtes Vermögen ausmacht, bis zur äußersten Beleihungsgrenze, so muß § 1365 BGB auch dann Anwendung finden, wenn der Ehegatte im Falle der Veräußerung des Grundstücks trotz der Belastung noch einen Barerlös in Höhe von zehn oder zwanzig Prozent des Gesamtwertes erzielen könnte. Abgesehen davon, daß dabei der prozentuale Anteil des Restwertes gering ist, ist dieser nicht gesichert. Er kann sich durch Preisschwankungen oder sonstige Umstände (Zwangsversteigerung) weiter vermindern. Er muß deshalb noch als verhältnismäßig unbedeutend angesehen werden. Etwaige Zweifel bei der Bewertung gehen auch hier zu Lasten des verfügenden Ehegatten.

3. Praktische Brauchbarkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Das Hauptargument, das gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu § 1365 BGB vorgebracht wird, nämlich daß jede Belastung das gesamte Grundstück erfasse, stößt ins Leere, da der Vermögens- und Verfügungsbegriff unangetastet bleiben.

Weiterhin wird gegen sie vor allem von Bosch⁷⁵⁾, Haegele⁷⁶⁾ und Hoche⁷⁷⁾ vorgebracht, sie sei wegen der Schwierigkeiten, die sich aus den nach ihr erforderlichen Bewertungen von Vermögen und Verfügung ergeben, praktisch unbrauchbar und führe deshalb zu einer Erschwerung des Rechtsverkehrs.⁷⁸⁾ Diese Begründung kann die recht-

75) Bosch, FamRZ 1958, 470; 1959, 119 u. 167.

76) Haegele, RpfL 1959, 7 u. 8.

77) Hoche, NJW 1958, 2069, der allerdings primär den Wortlaut des § 1365 und das Argument vorbringt, die Hypothek erfasse das gesamte Grundstück.

78) hnl. auch Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 232 u. LG Detmold, NJW 1958, 1729 (1730).

liche Betrachtungsweise nicht rechtfertigen.

Einmal kann, worauf Merdsche⁷⁹⁾ hinweist, den tatsächlichen Schwierigkeiten, die sich aus der Durchführung einer Gesetzesnorm ergeben, für die Auslegung der Vorschrift keine entscheidende Bedeutung zukommen. Erst wenn die Schwierigkeiten unüberwindbar erscheinen, was bei der Wertfeststellung von vorhandenem Vermögen nicht der Fall ist, kann die praktische Durchführbarkeit entscheidend werden. Das Gesetz hat bereits in anderen Fällen die Verfügungsbefugnis von wirtschaftlichen Wertfeststellungen abhängig gemacht, und zwar bei den unentgeltlichen Verfügungen des Ehegatten, der das Gesamtgut der Gütergemeinschaft verwaltet (§ 1425 BGB = § 1446 BGB a.F.), des Vorerben gemäß § 2113 II BGB und des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 Satz 2 BGB. Bei den sogen. gemischten Schenkungen tritt hier ebenfalls die Schwierigkeit der Wertfeststellung auf; dennoch ist an der Wirksamkeit dieser Vorschriften nicht zu zweifeln.

Hinzukommt, daß eine Erschwerung des Rechtsverkehrs durch die Beschränkung des § 1365 BGB auf wertausschöpfende Verfügungen tatsächlich nicht größer ist, als wenn § 1365 BGB wörtlich interpretiert wird. Läßt man jegliche rechtsgeschäftliche Verfügung für § 1365 BGB genügen, so werden weitaus mehr Rechtsgeschäfte von der Beschränkung erfaßt als bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Der Umfang des Rechtsverkehrs wird durch die einschränkende Auslegung dieser Bestimmung erleichtert. Erschwert wird lediglich die Einordnung von Grenzfällen. Es rechtfertigt sich nicht, wegen dieser zahlenmäßig kleineren Gruppe den Rechtsverkehr für die größere Gruppe, bei der die Rechtslage klar ist, zu erschweren und zu wirtschaftlich unvernünftigen Ergebnissen zu gelangen.

Das Grundbuchamt wird in Zweifelsfällen, bei denen nicht offensichtlich ist, ob durch eine Grundstücksbelastung das gesamte Vermögen wirtschaftlich in Anspruch genommen wird, nicht vor unlösbare Aufgaben gestellt. Allerdings darf es nicht, wie das in der Rechtsprechung zum Teil geschieht, mit Wertberechnungen belastet werden, wenn sich aus den ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen

79) Merdsche, NJW 1958, 1930.

80) Vgl. LG Bielefeld in FamRZ 1959, 245 (246 r) und LG Berlin in FamRZ 1959, 64 (66), die in eine eingehende Erörterung über die Wertverhältnisse eintreten.

nicht zweifelsfrei ergibt, daß eine Ausschöpfung des wirtschaftlichen Wertes des Grundstücks nicht vorliegt. Nur wenn grobe Schätzungen zu einem eindeutigen Ergebnis führen, kann eine solche Wertfeststellung dem Grundbuchamt aufgetragen werden. Der maßgebende Verkehrswert⁸¹⁾ des Grundstücks kann an Hand des dem Grundbuchamt bekannten Einheitswertes grob geschätzt werden, wobei der Erfahrungssatz zu berücksichtigen ist, daß der Verkehrswert höher liegt als der Einheitswert.⁸²⁾ Bleiben dann noch begründete Zweifel bestehen, so kann sich das Grundbuchamt auf den Beibringungsgrundsatz berufen und den Nachweis der Verfügungsbefugnis von dem bewilligenden Grundstückseigentümer fordern. Diesen Nachweis kann der Eigentümer letztlich nur erbringen, wenn er die Zustimmung des anderen Ehegatten zu der Verfügung nachweist. Andere, unsichere Beweismittel kann das Grundbuchamt zurückweisen, da sie nicht geeignet sind, die Verfügungsbefugnis zweifelsfrei darzulegen, wie es dem Antragsteller obliegt. Die Problematik liegt hier ähnlich wie zu § 2113 II BGB, wonach der Vorerbe dem Grundbuchamt die Entgeltlichkeit der Verfügung über ein Grundstück und damit seine Verfügungsbefugnis nachzuweisen hat. Ebenso wie der Vorerbe kann der Ehegatte im Zweifelsfalle seine Verfügungsbefugnis letztlich nur darlegen, wenn er die Zustimmungserklärung des durch die fehlende Verfügungsbefugnis Geschützten (Vorerben bzw. anderen Ehegatten) beibringt. Die Rechtsprechung zu § 2113 II BGB läßt sich entsprechend heranziehen.

Für den Ehegatten und seinen Vertragspartner ist es immer noch besser, in echten Zweifelsfällen, in denen Erfahrungssätze die Verfügungsbefugnis nicht nachweisen, die Zustimmung des anderen Ehegatten beibringen zu müssen, als wenn für jede Belastung des Gesamtvermögens dessen Zustimmung gefordert wird. Dabei werden die Interessen der Familie und des anderen Ehegatten durchaus gewahrt. Auf diesem Wege gelangt die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu einer Erleichterung des Rechtsverkehrs, ohne ihre Sicherheit zu beeinträchtigen. Ihr ist deshalb im Ergebnis zuzustimmen.

81) Der Verkehrswert des Grundstücks ist entscheidend; vgl. LG Bielefeld in FamRZ 1959, 246.

82) Für die Berücksichtigung des Erfahrungssatzes OLG Oldenburg in FamRZ 1959, 248 = DNotZ 1959, 204.

§ 6

Gegenständliche Umschreibung des § 1369 BGB.

=====

I. Der Schutzzweck des § 1369 BGB.

Für die Auslegung des § 1369 BGB erscheint es zunächst wichtig, dessen Schutzzweck genauer zu ermitteln. Festgestellt ist bereits, daß die Bestimmung eine relative Schutztendenz enthält und sowohl den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten als auch vor allem die wirtschaftliche Lebensgrundlage der Familie sichern soll.⁸³⁾ Darüber hinaus ist für die Auslegung des § 1369 BGB von besonderer Bedeutung, ob die Wertminderung der Vermögenssubstanz eines Ehegatten oder die Entziehung der Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit hinsichtlich der Haushaltsgegenstände verhindert werden soll. Für § 1365 BGB ist die Beantwortung dieser Frage eindeutig; da das Vermögen im ganzen sich lediglich durch die Größe des wirtschaftlichen Wertes von sonstigen Gegenständen abhebt, dient die Bestimmung entsprechend der Werterhaltung des Gesamtvermögens. Dieser Gesichtspunkt kann für § 1369 BGB nicht durchgreifen. Denn die Gegenstände des ehelichen Haushalts zeichnen sich durch ihren rechnerischen Vermögenswert in keiner Weise gegenüber sonstigen Vermögensgegenständen aus. Es bestand für den Gesetzgeber kein Anlaß, die Gegenstände des ehelichen Haushalts aus Wertgesichtspunkten besonders zu behandeln.

Die Eigenschaft, welche diese Gegenstände von dem sonstigen Vermögen abhebt, liegt darin, daß sie im ehelichen Haushalt der Benutzung und dem Gebrauch durch die Familie zu dienen bestimmt sind. Benutzung und Gebrauch durch die Familie zeichnen diese Vermögensgegenstände als Gattung aus. Indem das Gesetz die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB allein an die Eigenschaft als Haushaltsgegenstand knüpft, zeigt es, daß der Schutzzweck dieser Bestimmung auf die Erhaltung der Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit dieser

83) Vgl. oben § 3 II zu Noten 31 - 33 und die dort angeführten Zitate.

Gegenstände zugunsten der Familie abzielt.⁸⁴⁾ Denn die Sonderbehandlung der Haushaltsgegenstände durch § 1369 BGB rechtfertigt sich nur, wenn dadurch die ihnen innewohnende Funktion erhalten werden soll.

Die Verfügungsbeschränkung ist durchaus ein geeignetes Mittel, die gekennzeichnete Zielsetzung zu erreichen. Denn einmal wird die Gebrauchsmöglichkeit in erster Linie durch rechtsgeschäftliche Verfügungen gestört und andererseits blieb dem Gesetzgeber nur diese Möglichkeit, wenn er nicht auf andere Grundsätze, welche die Zugewinnsgemeinschaft kennzeichnen, verzichten wollte. Naheliegend wäre z.B. die Einräumung von Miteigentum beider Ehegatten am Hausgut gewesen, wie das der Entwurf der SPD vorgesehen hatte.⁸⁵⁾ Diesen weitgehenden Eingriff in die Zuordnungsverhältnisse wollte der Regierungsentwurf entsprechend dem Grundsatz der Selbständigkeit der Vermögensmassen (§ 1363 I 1 BGB) aber gerade vermeiden.⁸⁶⁾ Ebenso hätte dem anderen Ehegatten der Mitbesitz und ein Recht zum Mitbesitz an Haushaltsgegenständen eingeräumt werden können. Dann hätte der Gesetzgeber aber auf den in § 739 ZPO niedergelegten Grundsatz verzichten müssen, daß ein ehe-rechtlich begründetes Recht zum Besitz Gläubigern gegenüber unbeachtlich ist. Hätte man trotzdem § 739 ZPO bestehen lassen, so hätte der Gläubiger durch Leistungsklage gegen den handelnden Ehegatten und durch Vollstreckung des Urteils dem anderen Ehegatten den Besitz doch entwinden können, weil dieser sich auf sein Recht zum Besitz wegen § 739 ZPO nicht hätte berufen können. Vor allem aber hindert der Mitbesitz an Haushaltsgegenständen nicht deren Übereignung durch den Eigentümer; denn der Erwerb erfolgt vom Berechtigten nach §§ 929 ff BGB. Es blieb dem Gesetzgeber daher nur

84) Davon gehen Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 1 (S.331) wohl aus, wenn sie die tatsächliche Gewalt des Ehegatten an Haushaltsgegenständen dem Eigentum gleichstellen wollen, was allerdings zumindest in der Formulierung ungenau ist. Zu Recht bringt Gernhuber den § 1369 BGB mit der Pflichtenstellung des Ehegatten, dem anderen Ehegatten die Mitbenutzung der Haushaltsgegenstände zu gestatten, in Zusammenhang; vgl. FamRZ 1959, 468.

85) Vgl. SPD-Entwurf in BT Drucks. 178 des 2. Deutschen Bundestages, §§ 2 - 4.

86) Ob an den während der Ehe erworbenen Gegenständen Miteigentum besteht, richtet sich weiterhin nach den Grundsätzen der Stellvertretung und der besonderen vertraglichen Vereinbarung, soweit nicht § 1370 BGB eingreift. Vgl. dazu Thiele, Miteigentums-erwerb der Ehegatten..., FamRZ 1958, 115 -120.

die Verfügungsbeschränkung als geringst möglicher Eingriff in die Rechte des Ehegatten, der die Familie noch wirksam schützte. Wenn Knur⁸⁷⁾ behauptet, auch die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB sei mißlungen, so kann dem bei Berücksichtigung der Gesamtkonzeption des Gesetzes nicht zugestimmt werden.

Jedenfalls ist für § 1369 BGB als wesentliches Moment zu beachten, daß sich der Gesetzgeber in dieser Vorschrift zwar des Instituts der Verfügungsbeschränkung bedient hat, daß er damit aber den Erfolg erreichen wollte, die tatsächliche Benutzungsmöglichkeit der Haushaltsgegenstände zugunsten der Familie zu erhalten. Daran muß sich die Auslegung dieser Bestimmung orientieren.

II. Der Begriff "Gegenstände des ehelichen Haushalts".

1. Objektiv.

Objektiv setzt der Begriff "Gegenstände des ehelichen Haushalts" voraus, daß die Gegenstände innerhalb des häuslichen Bereichs zur Benutzung, zum Gebrauch oder Verbrauch durch die Familie geeignet sind. Sie müssen der Wohnung, der Hauswirtschaft oder dem Zusammenleben der Familie dienen können. Diese Zweckbestimmung richtet sich nach der Verkehrsanschauung.

Die Beziehung zum häuslichen Bereich fehlt allen Gegenständen, die objektiv dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts, der Ausübung eines Berufes oder den persönlichen Bedürfnissen nur eines Ehegatten zu dienen bestimmt sind.⁸⁸⁾ Dazu rechnen typische Arbeitsgeräte, Kleidung, Schmuck, persönliche Gebrauchsgegenstände eines Ehegatten, Kunstsammlungen. Dagegen ist der innere Zusammenhang objektiv z.B. gewahrt bei Möbeln, Teppichen, Haushalts-, Küchen- und Gartengeräten, Wohnungsschmuck und -ausstattung. Auch Personenkraftwagen können nach heutiger Verkehrsanschauung als Familienauto und zur Erleichterung der Haushaltsführung dem Gemeinschaftsleben der Familie innerhalb des häuslichen Bereichs ebenso nahe

87) Knur, Probleme der ZGM, S. 31.

88) So Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, § 1369 Bem. 1; Massfeller-Reinicke, GIBG, § 1369 Bem. 1; v. Staudinger-Lehmann, Erbrecht, 11. Aufl., § 1932 Bem. 4; RGRK, BGB, 8. Aufl. (1935), § 1932 Bem. 2; ferner Kuhnt, AcP 150, 133 und Palandt-Lauterbach, BGB, 16. Aufl., Anh. II z. EheG, § 1 Bem. 2 (zur HausratsVO).

stehen wie ein Kühlschrank oder eine Waschmaschine.⁸⁹⁾ Geld, auch das sog. Haushaltsgeld, ist nicht zum Gebrauch oder Verbrauch im häuslichen Bereich geeignet. Es dient als Tauschmittel nur mittelbar der Haushaltsführung. Es wird daher von der Verfügungsbeschränkung nicht erfaßt.⁹⁰⁾ Dagegen dienen Lebensmittel sowie Brennmaterial unmittelbar der Haushaltsführung.⁹¹⁾ Ebenso kann bei Kleintieren, die nicht dem Gewerbe eines Ehegatten dienen, die unmittelbare Beziehung zum Haushalt bestehen.

2. Subjektiv.

Ob ein objektiv geeigneter Gegenstand im konkreten Fall bestimmt ist, der Wohnung, der Hauswirtschaft oder dem Zusammenleben der Familie zu dienen, richtet sich nach dem Willen des Ehegatten.⁹²⁾ Auf das subjektive Element kann nicht verzichtet werden, weil die Zweckbestimmung eines Gegenstandes allein dem Willen der Ehegatten vorbehalten bleiben muß und die äußeren Umstände allein nicht immer ergeben, ob ein Gegenstand dem enelichen Haushalt gewidmet ist oder nicht. Für den Rechtsverkehr läßt sich der erklärte, objektivierte Wille allerdings regelmäßig aus den Umständen der Verwendung und Aufbewahrung der Gegenstände erkennen.

Geht der Wille der Ehegatten dahin, den Gegenstand dem Haushalt unmittelbar dienstbar zu machen, so erlangt der Gegenstand durch die Willenserklärung die Eigenschaft als Haushaltsgegenstand. Regelmäßig erfolgt die Willenserklärung konkludent dadurch, daß die Sache dem Haushalt einverleibt wird. Erforderlich ist das aber nicht. Es muß nicht einmal ein gemeinsamer Haushalt der Ehegatten vorhanden sein.⁹³⁾ Denn die Zweckbestimmung der Sache kann auch für einen noch oder wieder zu begründenden Haushalt getroffen wer-

89) So für Kraftwagen: Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem.1; Bärmann, AcP 157, 162 u. JZ 1958, 226; Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1369 Bem. 3; ferner zur HausratsVO Michaelis in JR 1949, 435 (436). Zu dem Anschauungswandel vgl. auch OLG Köln in MDR 1959, 944 (Strafurteil).

90) So Michaelis in JR 1949, 435 zur HausratsVO.

91) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem.1; Palandt-Lauterbach, BGB, 19. Aufl., § 1369 Bem. 2 entgegen der früheren Ansicht in der 17. Aufl.; Michaelis in JR 1949, 436 zur HausratsVO. A.A. Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 2.

92) Ziege, NJW 1957, 1580 (II) betont, daß der Haushaltsgegenstand nicht objektiv nach der Verkehrsanschauung bestimmt werden könne.

93) So Kuhnt, AcP 150, 135 für die HausratsVO.

den. Dem entspricht der Schutzzweck des § 1369 BGB, der nicht einen bestehenden Haushalt als solchen sichern will, sondern die Familiengemeinschaft, die ein schutzwürdiges Interesse an der Erhaltung der Gegenstände auch schon vor dem Bezug einer gemeinsamen Wohnung hat.⁹⁴⁾ Die Gefährdung der Familie ist gleich groß, ob der Haushalt nicht mehr fortgeführt oder nicht errichtet werden kann. Wählen daher die Ehegatten gemeinschaftlich Möbel aus und werden diese vorläufig bei einem Ehegatten untergestellt, so greift die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB bereits ein; in der einverständlichen Auswahl und Zweckbestimmung liegt die Widmung der Möbel für den künftigen, gemeinsamen Haushalt.⁹⁵⁾

Zu beachten ist, daß für die Widmung der übereinstimmende Wille beider Ehegatten maßgebend ist. Denn der eheliche Haushalt erhält seinen Charakter ebenso wie die Ehe selbst, durch die Gemeinsamkeit der Ehegatten. Der gemeinsame Wille der Ehegatten muß wenigstens für den Haushaltsbegriff des § 1369 BGB entscheidend sein, da durch diese Vorschrift vor allem der andere Ehegatte geschützt werden soll. Dem anderen Ehegatten kann aber gegen seinen Willen keine Schutzposition aufgezwungen werden. Dem widerspricht § 1356 I 1 BGB nicht. Danach führt die Ehefrau zwar den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie kann deshalb Haushaltsgeräte ohne Zustimmung des Ehemannes erwerben und gemäß § 1357 I BGB sogar den Ehemann aus einem solchen Rechtsgeschäft unmittelbar berechtigen und verpflichten. Die Vorschrift ändert aber nichts daran, daß die Ehefrau dem Ehemann nicht die Schutzposition des § 1369 BGB aufzwingen kann. Gegen seinen Willen kann Hausrat nicht Gegenstand des ehelichen Haushalts im Sinne des § 1369 BGB werden.

Hat beispielsweise die Ehefrau auf eigene Rechnung gegen den Willen des Ehemannes ein wertvolles Haushaltsgerät gekauft und der Ehemann auch nach Lieferung des Geräts sein Einverständnis nicht erklärt, so kann die Ehefrau den Apparat zwar dennoch in den Haushalt einführen. Er fällt aber nicht unter die Bestimmung des § 1369 BGB. An einem übereinstimmenden Widmungswillen der Ehegat-

94) Ebenso Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem 2.

95) In diesem Falle bejahen Habscheid, Die Rechtsprechung zu den Folgen der Ehescheidung, FamRZ 1959, 317 ff. (324) und IG Münster, FamRZ 1957, 264 die Hausratseigenschaft nach der Hausrats-VO.

ten fehlt es auch, wenn der Ehemann ohne Kenntnis seiner Ehefrau einen Haushaltsgegenstand erwirbt, um ihn etwa später seiner Ehefrau zu schenken. Er kann solange frei darüber verfügen, als die Übereignung an die Ehefrau oder die Einfügung in den Haushalt mit Willen der Ehefrau noch nicht erfolgt ist. Wählen andererseits die Ehegatten ein Möbelstück beim Ankauf gemeinsam aus, so geben sie ihm bereits bei Kaufabschluß die Zweckbestimmung für den gemeinsamen Haushalt, so daß die Verfügungsbeschränkung sofort mit der Übereignung oder bereits hinsichtlich der Anwartschaft eintritt.

Ebenso richtet sich die Frage, wann eine Sache ihre Eigenschaft als Haushaltsgegenstand verliert, nach dem Willen der Ehegatten. Die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB erlischt, wenn nach dem Willen der Ehegatten der gemeinsame Haushalt endgültig aufgegeben wird oder wenn die Sache endgültig dem Haushalt nicht mehr dienen soll. Demgemäß entfällt der Schutz, den § 1369 BGB dem anderen Ehegatten und der Familie gewährt, nicht allein deshalb, weil die Ehegatten getrennt leben. Der Schutz kann dem anderen Ehegatten gegen seinen Willen nur durch Scheidung der Ehe entzogen werden, da erst dann die eheliche Bindung gelöst ist. Vorher erlischt die Zweckbestimmung der Haushaltsgegenstände im Hinblick auf die mögliche Wiederbegründung des gemeinsamen Haushalts nicht; die Verfügungsbeschränkung bleibt weiterhin wirksam.⁹⁶⁾ Gerade in diesem Fall besteht ein besonders großes Schutzbedürfnis des anderen Ehegatten. Beabsichtigen die Ehegatten dagegen eine endgültige Trennung an Stelle einer Scheidung, so können sie übereinstimmend die Bindung des § 1369 BGB aufheben. Das ist dann der Fall, wenn sie den Haushalt gemäß § 1361a BGB dergestalt aufteilen, daß der Empfänger jeweils Eigentümer der Gegenstände wird, weil daraus auf eine endgültige Aufgabe des ehelichen Haushalts zu schließen ist.

Der Wert der Haushaltsgegenstände ist für die Verfügungsbeschränkung grundsätzlich unerheblich. Maßgebend ist allein die

96) So Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 1; Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 2; Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 3; Ziege, NJW 1957, 1580; Zunft, NJW 1958, 130; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1369 Bem. 1; BayObLG vom 2. 2. 1960 in MDR 1960, 496. Eine Unterscheidung zwischen endgültigem und vorübergehendem Getrenntleben wird allerdings nicht getroffen.

Zweckbestimmung. Es zählen daher auch Kunstgegenstände und Luxuseinrichtungen dazu, sofern sie dem Haushalt gewidmet sind, was allerdings bei Kunstgegenständen von hohem Wert selten der Fall sein wird.⁹⁷⁾

Aus alldem ergibt sich für § 1369 BGB die Definition: Gegenstände des ehelichen Haushalts sind solche Gegenstände, die geeignet und nach dem Willen beider Ehegatten dazu bestimmt sind, der Wohnungsausstattung, der Hauswirtschaft oder dem Zusammenleben der Familie im häuslichen Bereich zu dienen.⁹⁸⁾

III. Die "Gegenstände" des § 1369 BGB.

1. Allgemeines.

Die Gegenstände des ehelichen Haushalts setzen sich hauptsächlich aus beweglichen Sachen zusammen. Liegen bei beweglichen Sachen die Merkmale der vorgeschlagenen Definition vor, so ist die Eigenschaft, Gegenstand des ehelichen Haushalts zu sein, zweifelsfrei gegeben. Dagegen können Grundstücke und Grundstückszubehör nicht der Verfügungsbeschränkung unterliegen,⁹⁹⁾ da sie dem häuslichen Bereich nicht eingegliedert sind, sondern nur der Aufnahme des ehelichen Haushalts dienen können. Entsprechend wird der

2. Anspruch auf Überlassung einer Wohnung

zu behandeln sein. In der Literatur¹⁰⁰⁾ wird überwiegend die Meinung vertreten, das Recht auf Überlassung einer Wohnung, das sich

97) So Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 1. Ähnlich stellen Palandt-Lauterbach, 17. Aufl., Anh. II zum EheG, § 1 Bem. 2; Kuhnt, AcP 150, 134 und Michaelis, NJ 1949, 110 für die HausratsVO auf den tatsächlichen Lebenszuschnitt der Ehegatten ab. Eine Ausnahme machen Bärmann, AcP 157, 161 und Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 2 für Kunstgegenstände von besonderem Wert.

98) Ähnlich Kuhnt, AcP 150, 132 und Palandt-Lauterbach, vgl. Note 97, die jedoch weniger auf den Willen der Ehegatten abstellen.

99) So Ziege, NJW 1957, 1580; Palandt-Lauterbach, BGB, 17. Aufl., Anh. II zum EheG, § 1 Bem. 2.

100) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 3; Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 4; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1369 Bem. 2; Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 2; Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1369 Bem. 3; Massfeller, Der Betrieb 1957, 499; Finke, MDR 1957, 515; Eißer, FamRZ 1959, 185; Koeniger, DRiZ 1959, 373 (II 1).

aus Mietvertrag, Nießbrauch o.ä. ergeben kann, unterliege nicht der Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB, wobei auf die Begründung des Bundestagsausschusses¹⁰¹⁾ verwiesen wird. Der mietende Ehegatte könne daher den Mietvertrag über die eheliche Wohnung ohne Zustimmung des anderen Ehegatten kündigen. Anderer Ansicht neigt Schulin¹⁰²⁾ zu. Trotz des Arguments von Schulin, daß die Wohnung, wie kaum etwas anderes, zur materiellen und ideellen Grundlage des Familienlebens gehöre, die § 1369 BGB gerade schützen soll, kann die Bestimmung nicht auf den Mietanspruch angewendet werden. Es gibt eben eine Anzahl von Rechtsgeschäften, die den anderen Ehegatten und die Familie benachteiligen können, die aber im Interesse der Brauchbarkeit des Güterstandes unter keinen besonderen Schutz gestellt sind; insoweit hat der Gesetzgeber das Vertrauen in die gegenseitige Rücksichtnahme der Ehegatten gesetzt. Die Verfügungsbeschränkungen sind bewußt eng gehalten und bedürfen deshalb auch einer engen Auslegung.

Sowohl nach allgemeinem Sprachgebrauch wie auch nach der Gesetzestechnik wird die eheliche Wohnung nicht als Gegenstand des Haushalts angesehen. Gesetzestechnisch unterscheidet vielmehr die 6. DVO zum EheG (HausratsVO), die vom Bundesgesetzgeber um § 18a erweitert und deshalb beachtet worden ist, klar zwischen der Ehwohnung (§§ 3 ff.) und dem ehelichen Hausrat (§§ 8 ff.). Wenn andererseits § 1932 BGB a.F. ebenfalls den Begriff "Hausrat" verwandte und nach der herrschenden Meinung¹⁰³⁾ dazu auch die Ehwohnung zu rechnen war, so kann daraus nicht auf § 1369 BGB geschlossen werden. Denn § 1932 BGB a.F.¹⁰⁴⁾ erfuhr nur deswegen eine über seinen Wortlaut hinausgehende Auslegung, weil er dem Zweck diene, dem Ehegatten die gesamte Rechtsstellung zu erhalten, die er vor dem Tode seines Gatten als Mitbenutzer des Hausrats und der Wohnung innegehabt hatte. Wollte man seine bisherige Stellung im Haushalt nicht schmälern, so mußte ihm auch die Wohnung und das Kündigungsrecht überlassen werden. Dieser Gesichtspunkt trifft für

101) Seidl, BT Drucks., 2. Wahlp., zu 3409, S. 7.

102) Schulin, DRiZ 1959, 77.

103) Jetzt h.M.; vgl. Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., § 1932 Bem. 5; RGRK, BGB, 9. Aufl. (1935), § 1932 Bem. 2; Planck-Flad, 4. Aufl., § 1932 Erl. 4; Palandt-Rechenmacher, 16. Aufl., § 1932 Bem. 3

104) Entsprechendes gilt für § 1932 BGB n.F., der hinsichtlich der gegenständlichen Umschreibung keine Änderung erfahren hat.

§ 1369 BGB nicht zu. Hier handelt es sich nicht um eine nur auf Billigkeitserwägungen beruhende Vermögensverteilung, sondern es treten hier weitere Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes hinzu, da die Verfügungsbeschränkung auch außenstehenden Dritten gegenüber Wirkung hat. Gerade der Verkehrsschutz und die Tendenz des Gesetzgebers, die Verfügungsbeschränkungen eng zu fassen, verbieten es, allein auf die Gefährdung der Familie abzustimmen.

Tatsächlich ist die Gefahr, daß ein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Gatten den Mietvertrag über die eheliche Wohnung kündigt, längst nicht so groß, wie die einer Verfügung über gegenständlichen Hausrat, so daß der Schutz auch nicht gleichermaßen ausgestaltet zu sein braucht. Allerdings treffen die von Seidl¹⁰⁵⁾ dafür angeführten Gründe, auf die sich die überwiegende Literatur¹⁰⁶⁾ beruft, nicht zu. Weder die HausratsVO noch das Mieterschutzgesetz noch das BGB schützen den anderen Ehegatten vor einseitiger Kündigung der Mietwohnung durch seinen Ehegatten während bestehender Ehe. Die Gründe sind vielmehr anderer Art. Da ist einmal die verschiedene Verkehrsfähigkeit von Hausrat und Mietanspruch, die eine Gefährdung der Familie durch Verfügungen über Haushaltsgegenstände leichter und schutzbedürftiger macht. Hausrat läßt sich verkaufen und verpfänden. Der Überlassungsanspruch aus Mietvertrag kann dagegen nicht einseitig übertragen werden (§ 549 I BGB). Der Mieter kann den Anspruch nur aufheben, indem er kündigt. Vor einer solchen einseitigen Aufgabe des Mietanspruches wird sich der Ehegatte aber regelmäßig hüten, wenn dadurch die Familie obdachlos wird. Denn anders als bei einer Verfügung über einen bestimmten Haushaltsgegenstand trifft ihn die Obdachlosigkeit am eigenen Leibe.¹⁰⁷⁾ Die verbleibende, geringe Unsicherheit wird durch das Vertrauen auf die gegenseitige Rücksichtnahme der Ehegatten überbrückt. Das kann umsomehr geschehen, als die Ehegatten wegen des heute zumeist üblichen gemeinsamen Abschlusses von Mietverträgen über Wohnraum ohnehin nicht eigenmächtig handeln können. Die Kündigung des einen Ehegatten wirkt nicht gegenüber dem anderen Ehe-

105) Seidl, BT Drucks., 2. Wahlp., zu 3409, S.7.

106) Vgl. die in Note 100 zitierten Verfasser.

107) Auch darin besteht ein Unterschied zu § 1932 BGB, wo die Erben und der den Voraus erhaltende Ehegatte häufig nicht zusammen wohnen, so daß der Schutz der Ehefrau im Falle des § 1932 BGB vordringlicher ist.

gatten (§ 425 II BGB). Hinzu kommt, daß im äußersten Notfall öffentlich-rechtliche Vorschriften eingreifen, nach denen die Ordnungsbehörden eine drohende Obdachlosigkeit wegen der darin liegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu verhindern haben.

3. Rechte und Ansprüche.

Ausgangspunkt für die Frage, ob Rechte und Ansprüche Gegenstände des ehelichen Haushalts gemäß § 1369 BGB sein können, muß der Wortlaut der Bestimmung sein. Dieser umfaßt die "Gegenstände" des ehelichen Haushalts. Nach der gesetzlichen Definition des § 90 BGB zählen zu den Gegenständen Sachen und Rechte. Aus dem Umstand, daß nach dem Wortlaut des § 1369 BGB solche Haushaltsgegenstände der Verfügungsbeschränkung unterliegen, die dem Ehegatten "gehören", kann nicht auf eine Sachbezogenheit und den Ausschluß von Rechten geschlossen werden. Zwar erstreckt sich nach juristischem Sprachgebrauch das Wort "gehören" nur auf Sachen. Aber sowohl der allgemeine Sprachgebrauch als auch die Gesetzessprache verwenden den Begriff ganz allgemein zur Kennzeichnung der Zuordnung eines Vermögens, das auch Forderungen umfaßt, so daß sich aus seinem Gebrauch im Gesetz kein Schluß auf die Sachbezogenheit herleiten läßt.¹⁰⁸⁾ So spricht z.B. § 1 KO von dem Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm "gehört", obwohl zweifellos Forderungen dazu rechnen. Selbst das Gleichberechtigungsgesetz verwendet in unmittelbarer Nähe des § 1369 BGB, nämlich in §§ 1374 S. 1, 1375 I 1, 1377 I BGB die Fassung: "Vermögen, das einem Ehegatten gehört" u.ä.. Dabei sind auch in diesen Fällen unzweifelhaft Rechte zum Vermögen zu zählen, da es sich um Bewertungsvorschriften handelt.

Bobrowski¹⁰⁹⁾ versucht aus § 1382 BGB a.F., der dem § 1370 BGB n.F. entspricht, den dort verwandten Begriff "Haushaltsgegenstände" zu umschreiben und das Ergebnis auf § 1369 BGB zu übertragen. Er kommt dabei zu dem Schluß, daß § 1369 BGB sich nur auf bewegliche Sachen beziehe, da dasselbe in § 1382 BGB a.F. der Fall sei.

108) Bobrowski, Die Verfügungsbeschränkungen über ehelichen Haushalt, RpfL 1959, 117, stimmt darin überein, daß bei der Wortinterpretation des § 1369 BGB insoweit Zurückhaltung geboten ist.

109) Bobrowski, RpfL 1959, 117.

Diese Auslegungsmethode ist zu einseitig. Es wird richtig sein, daß die Surrogationsvorschrift des § 1382 BGB a.F. sich nur auf Sachen bezieht. Aber der Umfang dieser Bestimmung kann schon deshalb keine verbindliche Umschreibung für § 1369 BGB abgeben, weil § 1382 BGB a.F. eine mehrfache Einengung durch Begriffe erfahren hat, die sich aus der Definition des Haushaltsgegenstandes nicht ergeben. Schon deshalb ist es gefährlich, aus § 1382 a.F. auf den Inhalt des § 1369 BGB zu schließen. Völlig auszuschließen hat die einseitige Bezugnahme auf diese Bestimmung aber deshalb, weil es andere Vorschriften gibt, in denen der Begriff "Haushaltsgegenstand" in einem weiteren, uneingeschränkten Sinne gebraucht wird und auch Rechte umfaßt. So zählt die herrschende Meinung¹¹⁰⁾ auch Rechte, insbesondere Lieferungs- und Benutzungsansprüche zu den Haushaltsgegenständen, die dem Ehegatten gemäß § 1932 BGB als Voraus gebühren. Ebenso verhält es sich bei den Haushaltsgegenständen, die nach §§ 8 - 10 der sog. HausratsVO Objekt des Verteilungsverfahrens sind.¹¹¹⁾ Dabei eignen sich § 1932 BGB und §§ 8 - 10 HausratsVO viel besser zu einem Vergleich mit § 1369 BGB, da jene Vorschriften von einem uneingeschränkten Hausratsbegriff ausgehen.

Weder der Wortlaut des § 1369 BGB noch der Vergleich mit ähnlichen Vorschriften geben somit eine Veranlassung, entgegen § 90 BGB unter Gegenständen des ehelichen Haushalts nur Sachen zu verstehen. Es liegt daher keine Analogie vor, wie Lorenz¹¹²⁾ meint, wenn z. B. der Übereignungsanspruch aus einem Kaufvertrag über einen Haushaltsgegenstand oder der Überlassungsanspruch aus einem

110) Vgl. v. Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., § 1932 Bem. 5 mit Nachweisen; RGRK, 9. Aufl., § 1932 Bem. 2; Planck-Flad, 4. Aufl., § 1932 Erl. 4; Palandt-Rechenmacher, BGB, 16. Aufl., § 1932 Bem. 3. Der Begriff der Haushaltsgegenstände in § 1932 BGB n.F. ist derselbe geblieben wie in § 1932 BGB a.F.

111) Das wird aus dem Wort "Gegenstände" in § 8 III, § 9 I der VO und vor allem aus § 10 II der VO geschlossen. Vgl. Kuhnt, AcP 150, 132, 133; Palandt-Lauterbach, BGB, 16. Aufl., Anh. II zum EheG, § 1 Bem. 2; Vogel, Die Verteilung des Hausrats durch den Richter nach der VO vom 21. 10. 1944, JR 1949, 430 ff. (432); Rademacher, Neue Fragen aus der HausratsVO, NJ 1949, 210 (211).

112) Lorenz, JZ 1959, 107 (III, 3).

entsprechenden Mietvertrag der Verfügungsbeschränkung unterworfen wird. Allerdings kann das Eigentum an diesen Gegenständen, das einem Dritten zusteht, nicht von dem Eingriff erfaßt werden. Da die Verfügungsbefugnis Ausfluß der Rechtsinhaberschaft ist, kann auch die Verfügungsbeschränkung nur soweit bestehen, wie der Ehegatte Rechtsinhaber ist. Es darf daher an dieser Stelle nicht mit Lorenz gefragt werden, ob die geliehene Sache der Verfügungsbeschränkung unterliegt, sondern ob der Übereignungsanspruch oder der Anspruch auf Gebrauchsüberlassung von § 1369 BGB erfaßt wird, da nur insoweit eine Rechtsinhaberschaft besteht.

Nicht unbedeutend ist in diesem Zusammenhang weiterhin der Wortlaut des § 1369 BGB, der nicht etwa von ehelichem Hausrat spricht, was vielleicht darauf hätte hindeuten können, daß von der Vorschrift nur dingliche Rechte an Sachen erfaßt würden. § 1369 BGB verwendet vielmehr die Bezeichnung "Gegenstände des ehelichen Haushalts", ein Begriff, der bereits in § 1932 BGB vorgegeben war und dahingehend ausgelegt wurde, daß er auch Rechte umfaßte.

Entsprechend dem Wortlaut des § 1369 BGB nehmen Breetzke¹¹³⁾, Lauterbach¹¹⁴⁾, Boehmer¹¹⁵⁾ und Berges¹¹⁶⁾ an, daß Rechte von der Verfügungsbeschränkung erfaßt werden, wenn sie dem ehelichen Haushalt zugeordnet sind.

Massfeller-Reinicke¹¹⁷⁾, Bobrowski¹¹⁸⁾ und Koeniger¹¹⁹⁾ wollen zwar dingliche Anwartschaften ebenfalls der Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB unterwerfen, nicht jedoch sonstige Rechte. Sie begründen ihre Ansicht mit dem Schutzzweck dieser Vorschrift.

In der Tat wird sich die Beantwortung der gestellten Frage entscheidend an dem Schutzzweck des § 1369 BGB orientieren müssen, weil die Wortinterpretation zwar beachtliche Anhaltspunkte dafür, daß auch Rechte von der Vorschrift erfaßt werden, aber keine ein-

113) Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem.1.

114) Palandt-Lauterbach, BGB, § 1369 Bem. 2.

115) Boehmer, FamRZ 1959, 3, 4 (IV, 4).

116) Berges, KTSch 1958, 69.

117) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 3.

118) Bobrowski, RpfL 1959, 117.

119) Koeniger, DRiZ 1959, 373 (II 1).

deutige Lösung gebracht hat. Die Berücksichtigung des Schutzzwecks wird zu dem Ergebnis führen, daß nicht alle Rechte, die mit der Haushaltsführung in Zusammenhang stehen, der Verfügungsbeschränkung unterliegen. Dabei ist auszugehen von dem Ziel des § 1369 BGB, der Familiengemeinschaft die Gebrauchs- und Benutzungsmöglichkeit an Haushaltsgegenständen zu erhalten. Dieser Schutzzweck kann naturgemäß nur hinsichtlich solcher Rechte wirksam werden, die den Ehegatten einen Anspruch auf Benutzung des Gegenstandes im häuslichen Bereich gewähren. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Zahlungsansprüche.

Es scheiden solche Rechte aus, die zwar in irgendeiner Beziehung zum Hausrat stehen, aber nicht zur Nutzung eines Haushaltsgegenstandes berechtigen. Der Verfügungsbeschränkung unterliegen deshalb nicht Geldansprüche, auch wenn sie als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder das Abhandenkommen von Hausrat entstanden sind, daher auch keine Ansprüche aus einer Sachversicherung.¹²⁰⁾ Denn das ausgezahlte Geld stellt keinen Gegenstand des ehelichen Haushalts dar.^{120a)} Ferner kann durch die Verfügungsbeschränkung nicht ein Anspruch auf Wiederbeschaffung von Hausrat gesichert werden. Denn ein solcher Anspruch besteht nicht. Der andere Ehegatte hat zwar im Rahmen des Unterhaltsrechts (§ 1360 BGB) und der ehelichen Lebensgemeinschaft (§§ 1353 I, 1360 a II 1 BGB) einen allgemeinen Anspruch gegen seinen Gatten, daß dieser durch Beschaffung und Überlassung von Hausrat die Unterhaltspflicht erfüllt.¹²¹⁾ Aber einen Anspruch dahin, daß sein Ehegatte von dem bestimmten, als Ersatzzahlung geleisteten Geld den verlorenen Haushaltsgegen-

120) So im Ergebnis Massfeller-Reinicke, vgl. Note 117; Bobrowski, vgl. Note 118, die generell Rechte nicht zu § 1369 BGB zählen; ferner Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 3; Koeniger, DRiZ 1959, 373. A.A. Krüger-Breetzke-Nowack; Palandt-Lauterbach - vgl. Noten 113 u. 114 - sowie Boehmer, FamRZ 1959, 4.

120a) Siehe oben § 6 II 1 zu Note 90.

121) Dieser Anspruch wird in der Literatur bei der Frage nach dem Recht des anderen Ehegatten auf Mitbesitz an Haushaltsgegenständen erörtert und verschieden begründet. Lorenz, JZ 1959, 108 (III, 4) und OLG Hamm, NJW 1956, 1681 stützen ihn auf die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB), während Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 71 ff. die Unterhaltspflicht in den Vordergrund stellt. Auf beiden berufen sich Pohle, ZZP 68, 267; Beitzke, ZZP 68, 244; Bosch, FamRZ 1957, 194 und Gernhuber, FamRZ 1959, 468.

stand wiederbeschafft, hat er nicht.¹²²⁾ Das Geld ist keiner entsprechenden Zweckbestimmung unterworfen. Dasselbe gilt auch bei Ansprüchen, die auf Naturalherstellung gerichtet sind.

Würde man derartige Schadensersatz- oder Versicherungsansprüche unter § 1369 BGB rechnen, so würde der Verfügungsbeschränkung eine Funktion zugedacht, die ihr nicht zukommt. § 1369 BGB soll den vorhandenen Hausrat vor Verminderung schützen. Die Wiederbeschaffung zu sichern, ist nicht seine Aufgabe. Ist die Benutzungsmöglichkeit einmal durch ein Ereignis gestört, das nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Verfügung beruht, so kann die Verfügungsbeschränkung nicht mehr wirksam werden, weil die Rechtsinhaberschaft gegenstandslos geworden ist.

b) Ansprüche auf Gebrauchs- und Besitzüberlassung.

Anders verhält es sich bei solchen Rechten, die einen Anspruch auf Benutzung einer Sache als Haushaltsgegenstand gewähren. Wird über den Anspruch verfügt, so wird die durch § 1369 BGB zu schützende Benutzungsmöglichkeit unmittelbar beeinträchtigt, da das Recht zum Besitz und zur Nutzung geschmälert oder aufgegeben wird.

Besitzrechtliche Vorschriften schützen den anderen Ehegatten in diesen Fällen nur unzureichend. Zwar hat der andere Ehegatte an Hausrat in aller Regel Mitbesitz¹²³⁾; der Mitbesitz wird auch an geliehenen oder gemieteten Gegenständen anzunehmen sein.¹²⁴⁾ Aber der Mitbesitz schützt gemäß §§ 859 ff. BGB nur gegen unmittelbare, eigenmächtige Eingriffe des Ehegatten. Er verhindert

122) Ähnlich Bobrowski, RpfL 1959, 118.

123) Das ist seit Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes einhellige Meinung in Literatur u. Rechtsprechung, wenn auch die Begründungen dafür oft recht unterschiedlich sind (automatischer Mitbesitz, besonderer Vertrag usw.), die sich in Grenzfragen verschieden auswirken. Zum Stand der Meinungen ausführlich Kremer, Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten, S. 15-38; ferner neuerdings Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 6; Bosch, FamRZ 1957, 194; Boehmer, Festschr. f. Hedemann, S. 39 u. FamRZ 1959, 82 (III, 1); Lorenz, JZ 1959, 108; Ennecerus-Wolff-Raiser, SachR, 10. Bearb., § 9 Note 1; Westermann, SachR, 4. Aufl., § 20 I.

124) Das ist bestritten. Die Frage ist besonders bei der ehelichen Mietwohnung praktisch geworden. Mitbesitz wird bejaht von Kremer, Besitz u. Besitzberechtigung der Ehegatten, S. 30 - 36 mit weiteren Nachweisen.

nicht, daß der Ehegatte über den Überlassungsanspruch, der ihm allein zusteht, verfügt. Gibt der Ehegatte beispielsweise seinen Anspruch auf Besitz- und Gebrauchsüberlassung auf, der ihm auf Grund eines Miet- oder Leihvertrages zusteht, so erlischt auch für den Mitbesitzer das Recht zum Besitz gemäß § 556 III BGB bzw. § 604 IV BGB. Der andere Ehegatte muß dann die Sache an den Eigentümer herausgeben.

Ansprüche, die zum Besitz und Gebrauch von Hausrat berechtigen, können sich aus mancherlei Verträgen ergeben. Praktisch selten leitet sich der Anspruch aus einem Miet- oder Leihvertrag her, weil derartige Verträge über Haushaltsgegenstände wenigstens langfristig nicht häufig abgeschlossen werden. Sie mehren sich jedoch neuerdings als Mietverträge über elektrische Waschmaschinen, Fernsehgeräte und ähnliche Haushaltsgegenstände mit hohen Anschaffungskosten. Von größerer praktischer Bedeutung sind die Übereignungsansprüche aus Kauf- und Werkverträgen. Auch durch solche Verträge wollen die Ehegatten, wenn sie Hausrat für den gemeinsamen ehelichen Haushalt kaufen oder anfertigen lassen, eine Nutzungsmöglichkeit für die Familie schaffen. Durch rechtsgeschäftliche Verfügung über den Anspruch auf Eigentumsübertragung wird gleichzeitig das Recht zum Besitz und zur Nutzung beeinträchtigt, da diese Rechte sich aus dem Übereignungsanspruch herleiten und von seinem Fortbestehen abhängig sind. Könnte der Ehegatte den Übereignungsanspruch abtreten oder aufgeben, so würde das Interesse der Familiengemeinschaft an der Weiternutzung des Haushaltsgegenstandes verletzt.

Allerdings können Nutzungsansprüche nur dann als Gegenstände des ehelichen Haushalts angesehen werden, wenn die überlassene oder zu übergebende Sache nach dem übereinstimmenden Willen beider Ehegatten im ehelichen Haushalt genutzt werden sollte. Die Widmung für den ehelichen Haushalt muß im Zeitpunkt der Verfügung erfolgt sein. Diese Voraussetzung, die für die Bestimmung des Begriffs "Gegenstände des ehelichen Haushalts" allgemein gilt, ist bei Ansprüchen auf Gebrauchs- und Besitzüberlassung im Normalfall erst erfüllt, wenn die zu nutzende Sache sich bereits im Besitz des Ehegatten befindet und dem Haushalt einverleibt ist. Regelmäßig wird der andere Ehegatte zu diesem Zeitpunkt erstmalig von dem Nutzungsrecht Kenntnis erlangen und ausdrücklich oder durch schlüs-

siges Verhalten erklären, ob die Sache dem ehelichen Haushalt zur Nutzung einverleibt werden soll. Möglich ist allerdings auch ein früherer Zeitpunkt der Widmung, wenn der andere Ehegatte von dem Überlassungsanspruch schon vor Übergabe der Sache Kenntnis erlangt. Kauft beispielsweise der Ehemann eine Möbeleinrichtung für den ehelichen Haushalt und nimmt die Ehefrau an der Auswahl der Möbelstücke teil, so ist in diesem Verhalten der Ehegatten die Zweckbestimmung der gekauften Möbelstücke zu sehen. Das Recht, welches der Ehemann erwirbt, kann dann der Beschränkung des § 1369 BGB unterliegen. Überträgt der Verkäufer den Besitz an den Sachen nicht, weil etwa der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, so kann die Verfügungsbeschränkung nur den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch erfassen. Bei einer bedingten Übereignung (§ 455 BGB) kann die dingliche Anwartschaft der Bindung des § 1369 BGB unterliegen.

In all diesen Fällen müssen die Ansprüche, die auf eine Gebrauchsüberlassung von Haushaltsgegenständen gerichtet sind, nach dem Wortlaut und dem dargelegten Schutzzweck des § 1369 BGB der Verfügungsbeschränkung unterworfen werden, wie Breetzke¹²⁵⁾ und Boehmer¹²⁶⁾ zu Recht annehmen. Die Benutzungsmöglichkeit an den Gegenständen des ehelichen Haushalts muß gesichert werden. Woraus sich das Benutzungsrecht ergibt, ist unerheblich. Es braucht daher nicht zwischen schuldrechtlichen Ansprüchen und dinglichen Anwartschaften unterschieden zu werden, wie das von manchen Autoren geschieht, die nur im letzteren Fall die Vorschrift des § 1369 BGB anwenden wollen.¹²⁷⁾ Für diese Unterscheidung findet sich im Gesetz keine Stütze. Maßgebend ist, ob die Sache nach dem übereinstimmenden Willen der Ehegatten dem ehelichen Haushalt zu dienen bestimmt ist. Welchen Ursprung das Recht zur Benutzung im ehelichen Haushalt hat, ist für die Gebrauchsmöglichkeit und deren Erhaltung unerheblich.

Zu beachten ist bei diesen Haushaltsgegenständen, die ihren Charakter aus dem Recht zum Besitz erhalten, daß nur der Anspruch,

125) Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 1

126) Boehmer, FamRZ 1959, 4.

127) So Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 3,4; Achilles-Greif-Beitzke, BGB, § 1369 Bem. 3; Beitzke in FamR, 9. Aufl., § 13 II 1; Lorenz, JZ 1959, 107 (III,3); Bobrowski, Rpfl 1959, 118; Ziege, NJW 1957, 1580; Koeniger, DRiZ 1959, 373, 374 (II 1, II 3a).

der zum Besitz berechtigt, von der Verfügungsbeschränkung erfaßt wird. Denn die Verfügungsbeschränkung kann nur insoweit eingreifen, als den Ehegatten Rechte zustehen. Trifft dagegen der Ehegatte eine darüber hinausgehende Verfügung über das Eigentum an der Sache, das ihm nicht zusteht, so kann nur eine analoge Anwendung des § 1369 in Betracht kommen, da das Eigentum des Dritten nicht Haushaltsgegenstand ist. Dieser Fall bleibt zu untersuchen.¹²⁸⁾ Jedenfalls kann nie eine Sache selbst einer Verfügungsbeschränkung unterliegen, sondern nur die Verfügung über ein Recht an der Sache oder auf die Sache. Denn die Verfügungsbeschränkung ist ein Eingriff in die rechtliche Beziehung einer Person zu einem Gegenstand.

§ 7

Die verbotswidrigen Verfügungen gemäß §§ 1365, 1369 BGB.
=====

I. Der Verfügungsbegriff im allgemeinen.

Die §§ 1365, 1369 BGB erklären rechtsgeschäftliche Verfügungen über bestimmte Gegenstände für unwirksam. Welche Rechtsgeschäfte unter den Verfügungsbegriff fallen, ergibt sich zunächst aus der unstreitigen Begriffsbestimmung. Danach sind rechtsgeschäftliche Verfügungen zuordnungsändernde Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar auf den Bestand eines subjektiven Rechts eingewirkt wird;¹²⁹⁾ sie sind Rechtsgeschäfte, die unmittelbar einen Rechtsverlust oder eine belastende Rechtsänderung herbeiführen.¹³⁰⁾ An dem Verfügungsbegriff muß auch für § 1365 BGB festgehalten werden, so daß nicht etwa die selbstschuldnerische Bürgschaft von der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB erfaßt werden kann, wie Schulz-

128) Dazu unten § 8, III.

129) Diese Definition knüpft an Westermann, SachR., § 3 II an.

130) Vgl. statt vieler Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, II, § 143, II 1; v. Staudinger-Going, 11. Aufl., Einl. vor § 104 Bem. 63; BGHZ 1, 304.

Kersting¹³¹⁾ meint. Für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten kann nur noch gefragt werden, ob ihre besondere Ausgestaltung eine Einengung oder Erweiterung des Verfügungsbegriffs hinsichtlich einzelner Rechtsgeschäfte erfordert.

Eindeutig ist nach dem Wortlaut der §§ 1365 - 1369 BGB zunächst, daß sowohl entgeltliche wie unentgeltliche Rechtsgeschäfte von den Verfügungsbeschränkungen erfaßt werden. Das Gesetz behandelt den Fall, daß eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des verfügenden Ehegatten zurückfließt, nicht anders als eine Schenkung. Für § 1369 BGB ist die Gleichbehandlung beider Fälle unumgänglich. Denn Zweck des § 1369 BGB ist es, den Haushaltsgegenstand als solchen der Familie zur Benutzung zu erhalten. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn auch entgeltliche Verfügungen der Bindung des § 1369 BGB unterliegen. Denn der Gegenstand des ehelichen Haushalts wird der Familie in gleicher Weise entzogen, ob er verschenkt oder verkauft wird. Für § 1365 BGB hat das Gesetz keine abweichende Regelung getroffen. Die herrschende Meinung¹³²⁾ hält daher § 1365 BGB auch dann für anwendbar, wenn der Verpflichtung des Ehegatten zur Verfügung über das Vermögen im ganzen eine Verpflichtung des Dritten zur Leistung eines gleichwertigen Entgelts gegenübersteht.

Dagegen wendet sich Wörbelauer^{132a)} und versucht, die weite Fassung des § 1365 BGB einzuengen, indem er "Umsatz und Anlagegeschäfte über Einzelgegenstände" von der Verfügungsbeschränkung ausnimmt, auch wenn sie das gesamte Vermögen des Ehegatten erfassen. Ob ein Umsatz- oder Anlagegeschäft vorliegt, bestimmt er nach dem Umfang und Wert der Gegenleistung. Zur Begründung führt er das Ziel an, untragbare Belastungen des Rechtsverkehrs zu vermeiden. Wenn auch das Ziel, die Erschwerung des Rechtsverkehrs durch eine einschränkende Auslegung des § 1365 BGB zu vermindern, rechtspolitisch wünschenswert erscheinen mag, so widerspricht der

131) Schulz-Kersting, JR 1959, 137. Dagegen wie im Text Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 2; Wörbelauer, NJW 1960, 797 Note 29.

132) Vgl. z.B. Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 2; Haegeler, RpfL 1959, 6; OLG Hamm, NJW 1960, 1466; AG Delmenhorst, FamRZ 1959, 243.

132a) Wörbelauer, Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen, NJW 1960, 793 - 798.

von Wörbelauer vorgeschlagene Weg jedoch gegenwärtig eindeutig der weiten Fassung des Gesetzes und kann deshalb nicht beschritten werden. Hätte der Gesetzgeber Umsatz- und Anlagegeschäfte von der Verfügungsbeschränkung ausnehmen wollen, so hätte er diese Einschränkung ohne Schwierigkeit in das Gesetz aufnehmen können. Das ist aber nicht geschehen. Im Gegenteil wird durch § 1386 II Ziff. 1 BGB klar bestätigt, daß eine nach § 1365 BGB unwirksame Verfügung über das Vermögen im ganzen vorliegen kann, ohne daß dadurch gleichzeitig der künftige Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten gefährdet wird. Eine solche Gefährdung ist vielmehr eine zusätzliche Voraussetzung für die Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns. Das Gesetz geht also davon aus, daß es unwirksame Verfügungen über das Vermögen im ganzen gibt, die den künftigen Zugewinnanspruch des anderen Ehegatten nicht gefährden. Es kann sich dabei nur um entgeltliche Verfügungen handeln. Denn bei unentgeltlicher Veräußerung des Gesamtvermögens ist ein Anspruch auf Zugewinnausgleich stets gefährdet.

Als unwirksame Verfügungen gemäß § 1365 BGB kommen die Übertragung und Belastung des Vermögens im ganzen in Betracht, wobei die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu beachten ist. Aus diesem Grunde wird die bloße Inhaltsänderung eines Rechts regelmäßig nicht von der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB erfaßt werden, da der durch die Inhaltsänderung eintretende Rechtsverlust den wirtschaftlichen Wert des Vermögens wenigstens nahezu aufzehren muß, was kaum jemals zutrifft.

Aus etwa demselben Grunde wird die Bestellung einer Eigentümergrundschild an einem Grundstück, welches das gesamte Vermögen eines Ehegatten ausmacht, nicht von der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB erfaßt. Bei der Bestellung einer Eigentümergrundschild verbleibt das gesamte Vermögenssubstrat in der Hand des Ehegatten; es wird lediglich rechtlich umgestaltet und umbenannt.^{132b)} Ein Wechsel in der Zuordnung des Vermögens erfolgt nicht. Ein solcher muß aber stattfinden, weil sonst eine Minderung der Vermögenssub-

132b) So OLG Frankfurt in RpfI 1960, 289; im Ergebnis ebenso OLG Hamm in NJW 1960, 1352 = FamRZ 1960, 276 = DNotZ 1960, 320, aber mit unzutreffender Begründung, wie das OLG Frankfurt richtig dargelegt hat.

stanz nicht in Betracht kommt. Erst wenn der Ehegatte über die Eigentümergrundsschuld verfügt, besteht für die Familie die Gefahr der Entziehung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage. Nunmehr kann § 1365 BGB eingreifen, weil dann eine Zuordnungsänderung eintritt.

Verbotswidrig können sowohl zweiseitige wie auch einseitige Rechtsgeschäfte sein, was § 1367 BGB ausdrücklich klarstellt. Die einseitige Aufgabe des Gesamtvermögens nach § 928 BGB oder § 959 BGB wird jedoch praktisch kaum vorkommen.

Als Verfügungen über Haushaltsgegenstände fallen immer die Übertragung und die Belastung unter § 1369 BGB, ebenso die Eigentumsaufgabe gemäß § 959 BGB. Da auch Ansprüche auf Gebrauchsüberlassung zu den Haushaltsgegenständen gerechnet worden sind, werden ferner die Aufhebung oder Abkürzung von entsprechenden Mietverträgen und die Aufhebung von Kaufverträgen von § 1369 BGB erfaßt. Gibt der Ehegatte die gemietete Sache vorzeitig zurück, so kann der andere Ehegatte gemäß § 1368 BGB die Sache herausverlangen, weil der Mietvertrag noch besteht und die Verfügung über den Anspruch unwirksam ist.

Für die sog. Gestaltungsverfügungen wie Kündigung, Rücktritt und Anfechtung ergibt sich keine Besonderheit. Auf sie sind die Regeln über die Verfügungsbeschränkungen anzuwenden, wie für andere Vorschriften zum Teil im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen¹³³⁾ und im übrigen unbestritten ist.¹³⁴⁾ Für § 1369 BGB unterliegt die Gestaltungsverfügung dann der Unwirksamkeit, wenn durch sie das Benutzungsrecht hinsichtlich des Haushaltsgegenstandes nachteilig beeinträchtigt wird. Der Ehegatte kann daher nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten einen Mietvertrag über Haushaltsgegenstände kündigen.¹³⁵⁾ Dagegen wird eine Gestaltungsverfügung selten das Vermögen im ganzen gemäß § 1365 BGB betreffen.

133) Z.B. in § 19 KO, wo es dem Gemeinschuldner untersagt ist, ein Mietverhältnis zu kündigen.

134) Vgl. Ennecerus-Nipperdey, Allg. Teil, II, § 143 Note 10; v. Staudinger-Coing, 11. Aufl., Einl. vor § 104 Bem. 63; Dreyfus, Zwangsverfügung, Gestaltungsverfügung, tatsächliche Verfügung, Diss., Gießen 1911, S. 65-67, S. 80 - 81; ferner RGZ 50, 212 für § 1395 BGB a.F.

135) So Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 2; a.A. Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 3, der schon den Mietanspruch nicht als Haushaltsgegenstand ansieht.

Lediglich bei einseitigen Forderungen kann die Verfügungsbeschränkung eingreifen. Bei zweiseitigen Austauschverhältnissen macht die erlöschende Forderung nicht das gesamte Aktivvermögen aus, da die Gegenleistung, die von dem Ehegatten zu erbringen ist, entweder wertmäßig als weiteres Vermögen vorhanden ist oder aber die Forderung wegen der fehlenden Möglichkeit, die Gegenleistung anzubieten, nicht durchsetzbar und darum selbst wertlos ist. Der Ehegatte kann daher den von ihm abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag allein anfechten, wenn auch der Auflassungsanspruch sein gesamtes Vermögen ausmacht.

Die Annahme einer Leistung kann nach dem Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB nicht der Verfügungsbeschränkung unterliegen. Die umstrittene Frage, ob die Annahme der Leistung rechtsgeschäftlichen Charakter hat und eine Verfügung über die zugrunde liegende Forderung darstellt oder ob das Erlöschen der Forderung lediglich eine tatbestandsmäßige Folge der realen Leistungsbewirkung ist,¹³⁶⁾ kann daher unbeantwortet bleiben. Denn durch die Annahme der Leistung seitens des Ehegatten kann der Zweck der §§ 1365, 1369 BGB nicht einmal abstrakt gefährdet werden. Die Rechtslage ist hier eine andere als bei den Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau gemäß § 1395 BGB a.F., des Erben gemäß § 2211 BGB und des Gemeinschuldners nach § 6 KO. Dort ist die Verfügungsbeschränkung gleichzeitig mit einer Übertragung des Verwaltungsrechts auf einen Dritten verbunden. Die Leistung kann daher in diesen Fällen nur an den Vermögensverwalter verpflichtungsgerecht erbracht werden. Es ist dort deshalb durchaus sinnvoll, die Verfügungsbeschränkung wirksam werden zu lassen, um einer Leistung an den nicht empfangsberechtigten Anspruchsinhaber keine schuld-befreiende Kraft zukommen zu lassen, wie das in § 8 I KO ausdrücklich ausgesprochen ist. Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB treffen aber nicht mit einer Vermögensverwaltung durch einen Dritten zusammen, so daß der Ehegatte empfangsberechtigter Gläubiger bleibt und eine Verfügungsbeschränkung ihm gegenüber keinen Sinn hat. Daß es für die Annahme der Leistung allein er-

136) Zum Stand der Meinungen vgl. Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 60 insb. Fußnoten 3 - 5 und Lorenz, Lehrb. d. Schuldrechts, Allg. T., 2. Aufl., München und Berlin 1957, § 26 I 1 - 3.

heblich ist, daß sie dem Verwaltungsberechtigten tatsächlich zufließt, zeigt insbesondere § 8 I KO. Es kann daher nicht Bobrowski¹³⁷⁾ zugestimmt werden, der in der Annahme der Leistung im Falle des § 1369 BGB eine unwirksame Verfügung sehen will.

Zwei Arten von verfügungsähnlichen Rechtshandlungen bedürfen der näheren Untersuchung in Bezug auf die Frage, ob sie einer rechtsgeschäftlichen Verfügung im Sinne der §§ 1365, 1369 BGB gleichgestellt werden können: die Besitz- und Gebrauchsüberlassung und ferner die Zwangsvollstreckung in das Gesamtvermögen oder in Haushaltsgegenstände.

II. Besitz- und Gebrauchsüberlassung.

Die Frage, ob die Besitz- und Gebrauchsüberlassung des Gesamtvermögens oder von Hausratsgegenständen wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung nach §§ 1365, 1369 BGB zu behandeln ist, hat nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Kann der Bauer ohne Zustimmung seines Ehegatten seinen Gutshof, der Fabrikant seinen Betrieb verpachten, wenn diese Gegenstände das gesamte Vermögen des Verpächters ausmachen? Kann der Ehegatte Möbel an einen Dritten vermieten?

1. Für § 1365 BGB.

Bei § 1365 BGB liegen die Verhältnisse eindeutig. Sein Schutzzweck ist die Erhaltung der Vermögenssubstanz der Ehegatten. Durch eine Besitz- und Gebrauchsüberlassung wird dieser Zweck nicht in Frage gestellt, da die Vermögenssubstanz beim Rechtsinhaber verbleibt. Einen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes am Gesamtvermögen, der etwa gefährdet werden könnte, hat der andere Ehegatte nicht. Es besteht daher kein Bedürfnis, dem Ehegatten hinsichtlich des Gesamtvermögens zu untersagen, den Besitz durch Vermietung oder Verpachtung zu übertragen.¹³⁸⁾

137) Bobrowski, RpfL 1959, 117.

138) Im Ergebnis so Erman-Finke, GLBG, § 1365 Bem. 3, A.A. Schulz-Kersting, JR 1959, 137, der die Verpachtung eines Bauernhofes dem § 1365 BGB deshalb unterstellt, weil die Bestimmung angeblich nicht an den Verfügungsbegriff anknüpft; vgl. dazu die Widerlegung in § 2, III 2 zu Note 17.

2. Für § 1369 BGB.

Anders ausgerichtet ist dagegen der Zweck des § 1369 BGB, der die tatsächliche Gebrauchsmöglichkeit der Haushaltsgegenstände zugunsten der Familiengemeinschaft sichern soll. Der andere Ehegatte hat hinsichtlich der Gegenstände des ehelichen Haushalts ein Recht zum Mitbesitz, das sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft und dem Unterhaltsrecht herleiten läßt.¹³⁹⁾ Diese Rechtsposition des anderen Ehegatten wird beeinträchtigt, wenn der Eigentümer-Ehegatte ihm gehörende Haushaltsgegenstände verleihen oder vermieten kann und sie so dem Haushalt entzieht. Die Frage nach der entsprechenden Anwendung des § 1369 BGB auf die Übertragung des Besitzes an Haushaltsgegenständen auf einen Dritten wird damit aufgeworfen.

In der Literatur und Rechtsprechung ist seit jeher heftig umstritten, ob die Besitz- und Gebrauchsüberlassung analog den rechtsgeschäftlichen Verfügungen zu behandeln ist.¹⁴⁰⁾ Eine einheitliche Entscheidung kann es bei der Vielgestaltigkeit der Rechtsgeschäfte, bei denen die Besitzübertragung eine Rolle spielt, nicht geben. Die Entscheidung ist vielmehr von Fall zu Fall zu treffen.¹⁴¹⁾ Zu § 1369 BGB ist insoweit kaum eine Stellungnahme erfolgt. Lediglich Finke¹⁴²⁾ hält eine Vermietung von Haushaltsgegenständen durch einen Ehegatten für zulässig. Die Entscheidung des BGH vom 3. März 1954¹⁴³⁾, die gegen die überwiegende Meinung in der Literatur die Frage verneint, ob die Vermietung oder Besitzübertragung eines Grundstücks eine Auflassungsvormerkung wesentlich beeinträchtigt und daher einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichzustellen sei, erübrigt die Prüfung zu § 1369 BGB nicht, da hier eine andere Interessenlage gegeben ist. Die Entscheidung hat aber wesentliche Punkte herausgestellt, die für die Prüfung, ob die Besitzübertragung wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung behandelt werden kann, zu beachten sind. Danach sind vor

139) Vgl. die Nachweise in Note 121 dieses Abschn.

140) Vgl. die eingehenden Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey, Allg. T., II, § 143 Note 8 und vor allem BGHZ 13, 1 ff. (3, 4).

141) So Enneccerus-Nipperdey, vgl. vorst. Note.

142) Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem.3.

143) In BGHZ 13, 1 ff.

allem der Umfang und die Intensität der Norm, welche die Verfügung verhindern soll, gegenüber den Interessen des Dritten an einem ungehinderten Rechtserwerb abzuwägen.

Daß die Besitzübertragung allein nicht wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung behandelt werden kann, ergibt sich aus der tatsächlichen Natur des Besitzes. Ob die tatsächliche Sachherrschaft auf einen Dritten übergegangen ist oder nicht, bestimmt sich allein nach den Umständen und nach der Verkehrsanschauung. Die Tatsache ist entweder eingetreten oder nicht; nach ihrer Wirksamkeit kann überhaupt nicht gefragt werden. Dagegen ist das Recht zum Besitz rechtlichen Mängeln zugänglich. Ob der Versuch des Ehegatten, einem Dritten an Haushaltsgegenständen ein Recht zum Besitz zu verschaffen, wirksam ist, kann unter dem Gesichtspunkt der Verfügungsbeschränkung betrachtet werden, da das Recht zum Besitz auf einem Rechtsgeschäft (Mietvertrag) beruht.

Was den zu beachtenden Umfang und die Intensität des durch § 1369 BGB gewährten Schutzes betrifft, so geht dieser, wie mehrfach betont worden ist, über das Ziel einer Werterhaltung hinaus und dient der Sicherung der Benutzungsmöglichkeit an den Haushaltsgegenständen zugunsten des anderen Ehegatten und der Familie. Entsprechend diesem Ziele des Gesetzes muß der Verfügungsbegriff in § 1369 BGB so ausgelegt werden, daß sämtliche Rechtsgeschäfte, die den Sicherungszweck vereiteln können, von § 1369 BGB erfaßt werden. Entscheidend bleibt also, ob durch Begründung eines Rechts zum Besitz der Schutzzweck des § 1369 BGB auch tatsächlich vereitelt oder gefährdet wird. Das ist der Fall.

Der Mitbesitz, den der andere Ehegatte regelmäßig an den Gegenständen des ehelichen Haushalts innehat, gewährt ihm keinen ausreichenden Schutz. Er verhindert nur ein eigenmächtiges Handeln seines Ehegatten unter Verletzung seines Mitbesitzes, da dann die Vorschriften der §§ 859 ff BGB eingreifen. Dieser Schutz versagt aber gerade da, wo er am notwendigsten erscheint, wenn nämlich die Ehegatten getrennt leben und aus diesem Grunde Alleinbesitz eines Ehegatten besteht. Er versagt ferner, wenn der Dritte auf Grund des - ohne Anwendung des § 1369 BGB- wirksamen Miet- oder Leihvertrages einen Leistungstitel erwirkt und aus diesem Titel vollstreckt. Denn im Zwangsvollstreckungsverfahren kann sich der andere Ehegatte nicht auf sein eherechtlich begründetes

Recht zum Besitz berufen, da dieses Vollstreckungsgläubigern gegenüber unbeachtlich ist. Dieser Grundsatz, der für Zahlungstitel gemäß § 739 ZPO eindeutig ist, gilt auch für sonstige Leistungstitel, aus denen in das Eigentum eines der Ehegatten vollstreckt wird und bei denen deshalb die für § 739 ZPO vorausgesetzte Eigentumsvermutung des § 1362 BGB eingreift.¹⁴⁴⁾ Davon abgesehen soll § 1369 BGB gerade einen über die besitzrechtlichen Vorschriften hinausgehenden Schutz gewähren.

Im bisherigen Recht ist das Problem in dieser Form nicht aufgetreten. Wenn die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit oder der Besitz hinsichtlich bestimmter Gegenstände durch eine Verfügungsbeschränkung gesichert werden sollte, so traf die Verfügungsbeschränkung gleichzeitig mit der Übertragung des Verwaltungsrechts über diese Gegenstände auf den zu schützenden Dritten oder dessen Repräsentanten zusammen. Das war bzw. ist insbesondere bei der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau gemäß § 1395 BGB a.F., des Erben nach § 2211 BGB und des Gemeinschaftschuldners nach § 6 KO der Fall, wo das Verwaltungsrecht auf den Ehemann, Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter übertragen ist.

Hier interessiert vor allem die Rechtslage, die bei der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau nach § 1395 BGB a.F. bestand. Die Ehefrau konnte nicht dadurch in die Rechtsstellung des Ehemannes eingreifen, daß sie eine Sache des eingebrachten Gutes vermietete oder verlieh. Denn bei freiwilliger Übertragung des Besitzes griff sie in das Verwaltungsrecht und in den Besitz des Ehemannes ein und bei Durchsetzung des Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung war ein Duldungstitel gegen den Ehemann erforderlich.¹⁴⁵⁾ Anders als in der Zugewinnngemeinschaft konnte die Ehefrau daher den Besitz an Hausrat auf zulässigem Wege nicht auf

144) So Baur, FamRZ 1958, 254. Das eherechtlich begründete Recht zum Besitz ist nicht als ein die Verausserung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO anzusehen. Der Vorrang der Gläubiger ergibt sich daraus, daß der Unterhaltsanspruch, aus dem das Recht zum Besitz sich herleitet, sich nach der Leistungsfähigkeit des Eigentümer-Ehegatten richtet. Dabei sind bestehende Schulden vorher zu berichtigen. Vgl. dazu Beitzke, ZZP 68, 242 - 246 und Pohle, ZZP 68, 267, 271.

145) Vgl. § 739 ZPO a.F.; entsprechendes gilt bei der Testamentsvollstreckung und im Konkurs, wo Titel gegen die Vermögensverwalter erforderlich sind: § 748 ZPO, § 6 Abs. 2 KO.

einen Dritten übertragen. Die Besitzübertragung wurde im Ergebnis wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung untersagt. Folgerichtig hat das Reichsgericht¹⁴⁶⁾ und die überwiegende Meinung in der Literatur¹⁴⁷⁾ die Besitzübertragung der Ehefrau dann einer verbotswidrigen Verfügung im Sinne des § 1395 B.G.B. a.F. gleichgestellt, wenn die Besitzübertragung tatsächlich erfolgt war und deshalb die durch § 739 ZPO a.F. geschaffene Schranke nicht mehr wirksam werden konnte. Der Ehemann brauchte sich das auf dem schuldrechtlichen Vertrag der Parteien beruhende Recht zum Besitz nicht entgegenhalten zu lassen und konnte die Sache von dem Dritten herausverlangen.

Für § 1369 BGB kann die Rechtslage, wie sie für die Ehefrau gemäß § 1395 BGB a.F. bestanden hat, nicht unbeachtet bleiben. Denn beiden Bestimmungen ist gemeinsam, daß die der Verfügungsbeschränkung unterliegenden Gegenstände nicht nur in ihrem wirtschaftlichen Wert, sondern darüber hinaus zum Zwecke ihrer tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit erhalten werden sollen. Der Unterschied besteht nur darin, daß § 1369 BGB einen gegenständlich engeren Umfang hat und ferner entsprechend dem Gleichberechtigungsgrundsatz für beide Ehegatten gilt. Es besteht kein Anlaß zu der Annahme, das Gleichberechtigungsgesetz habe die früher dem Ehemann gewährte Rechtsposition verschlechtern wollen, soweit es die Haushaltsgegenstände betrifft.¹⁴⁸⁾ Vielmehr ist aus der Tatsache, daß die Verfügungsbeschränkung des § 1395 BGB a.F. hinsichtlich der Haushaltsgegenstände bestehen geblieben und nur rechtstechnisch umgestaltet sowie auf den anderen Ehegatten ausgedehnt worden ist, das Gegenteil zu entnehmen.

Es bleiben nur noch die Interessen des Dritten, dem die Sache

146) Vgl. RG in RGZ 83, 241 (Besitzübertragung an Aktien); RGZ 58, 36 und RGZ 124, 325, 328 (Besitzübertragung von eingebrachtem Gut auf Grund Miet- bzw. Pachtvertrages).

147) So RGRK (Buchwald), 9. Aufl. (1940), § 1395 Bem. 2; Planck-Unzner, 4. Aufl. (1928), § 1395 Bem. 3; Soergel-Vogel, 8. Aufl., § 1375 Bem. 2; Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1395 Bem. 1, 2; a.A. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, II, 14. Aufl., § 143, Note 8.

148) Bosch, Familienrechtsreform, S. 112 hatte demgemäß vorschlagen, für das Hausgut eine "Verfügungsbeschränkung zu Lasten beider Ehegatten entsprechend §§ 1395 ff BGB" festzulegen.

übergeben wird, zu beachten. Für den Dritten sind in erster Linie Verkehrsinteressen von Bedeutung. Die zitierte Entscheidung des BGH vom 3. März 1954 lehnt es vor allem aus diesem Grunde ab, § 883 II BGB auf die Vermietung anzuwenden, da der Mieter nicht das Grundbuch einsehen müsse und deshalb nicht mit einer Auflassungsvormerkung rechnen könne. Das Argument trifft für § 1369 BGB nicht in ähnlicher Weise zu. Durch die Anwendung des § 1369 BGB sind die Verkehrsinteressen nicht mehr gefährdet als bei einer echten Verfügung. Der Dritte kann aus der Beschaffenheit des Gegenstandes erkennen, daß es sich möglicherweise um einen Haushaltsgegenstand handelt. Ob die Rechtsposition des anderen Ehegatten durch Veräußerung oder Vermietung des Haushaltsgegenstandes beeinträchtigt wird, macht für die subjektive Situation des Dritten keinen Unterschied. Die Tatsachen, an welche die Verfügungsbeschränkung anknüpft, bleiben dieselben.

Als Ergebnis ist daher entgegen der Ansicht von Finke¹⁴⁹⁾ festzustellen, daß der Ehegatte, der ohne Einwilligung des anderen Gatten ihm gehörende Haushaltsgegenstände vermietet oder verleiht und den Besitz auf den Dritten überträgt, eine unwirksame rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne des § 1369 BGB vornimmt. Die Wirkungen der Besitzübertragung können durch die Klage aus § 1368 BGB beseitigt werden.

III. Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung.

Für die Frage, ob die Zwangsvollstreckung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gemäß §§ 1365, 1369 BGB gleichgestellt werden kann, wenn sie das gesamte Vermögen erfaßt oder in Haushaltsgegenstände erfolgt, sind je nach der Art des Vollstreckungstitels drei Fälle zu unterscheiden. Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich um einen Zahlungstitel, um einen auf die Verschaffung eines Rechts gerichteten Titel oder um ein Herausgabeverurteil gemäß § 883 ZPO handelt.

1. Zwangsvollstreckung auf Grund eines Zahlungstitels.

In der Literatur ist es unstreitig, daß die Zwangsvollstreckung aus Zahlungstiteln, an die regelmäßig überhaupt nur gedacht

¹⁴⁹⁾ Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 3.

wird, nicht den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterliegt, auch wenn sie das gesamte Vermögen aufzehrt oder wenn Haushaltsgegenstände gepfändet werden.¹⁵⁰⁾ Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen, nach dem die Zwangsvollstreckung im Gegensatz z. B. zu § 135 I 2 BGB rechtsgeschäftlichen Verfügungen nicht gleichgestellt ist. Zum anderen verbietet der Sinn der Vorschriften eine entsprechende Anwendung der Verfügungsbeschränkungen. Denn das eheliche Gut soll lediglich vor bestimmten rechtsgeschäftlichen Verfügungen eines Ehegatten geschützt werden. Die Vollstreckung von Zahlungsansprüchen dient aber nicht der Erzwingung derartiger rechtsgeschäftlicher Verfügungen. Außerdem würde sonst eine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern eingeführt werden, die mit der gläubigerfreundlichen Tendenz des Gleichberechtigungsgesetzes, wie sie in § 1362 BGB und § 739 ZPO zum Ausdruck gekommen ist, nicht vereinbar wäre.

2. Zwangsvollstreckung aus einem Titel gemäß §§ 894 ff. ZPO.

a) Der Charakter des Titels.

Titel, die den Dritten zu einer rechtsgeschäftlichen Verfügung und damit zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichten, werden nach §§ 894 ff. ZPO vollstreckt. Da es sich bei der Vollstreckung um staatliche Hoheitsakte handelt, ist der in §§ 1365, 1369 BGB vorgesehene Tatbestand dem Wortlaut nach nicht erfüllt.

Im Gegensatz zu den Zahlungstiteln liegt aber einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen auf die Zwangsvollstreckung solcher Urteile, welche die Übertragung oder Bestellung eines subjektiven Rechts zum Gegenstand haben, grundsätzlich nichts im Wege. Denn diese Leistungstitel stehen in einem unmittelbaren Sachzusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung. Bei ihrer Vollstreckung wird eine rechtsgeschäftliche Verfügung, zu der der Schuldner nach dem Urteilstenor für verpflichtet erklärt ist, durch Staatshoheitsakt ersetzt. Diese Funktion gibt der Zwangsvollstreckung eine gewisse Ähnlichkeit mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung, an deren Stelle sie tritt. Soweit es der Charakter

¹⁵⁰⁾ Vgl. z.B. Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1364 Bem.2, § 1365 Bem. 4, § 1369 Bem.2; Baur, FamRZ 1958, 256 Note 24; Lorenz, JZ 1959, 109; Berges, KTSch 1958, 69; Ziege, NJW 1957, 1580; Weber, RpfI 1959, 179; Palandt-Lauterbach, BGB, 19. Aufl., § 1369 Bem. 1.

der Zwangsvollstreckung als Staatshoheitsakt zuläßt, steht sie einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleich. Die ZPO hat die Gleichbehandlung in § 898 für das Teilgebiet des Gutgläubenschutzes ausdrücklich vollzogen. Aus der Vorschrift ist zu entnehmen, daß die ZPO den durch die Vollstreckung erfolgten Rechtserwerb wie einen rechtsgeschäftlichen Erwerb behandelt.¹⁵¹⁾

b) Die Interessenlage.

Der Schutzzweck der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten erfordert es, die sog. Zwangsverfügungen der §§ 894 ff. ZPO rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichzustellen. Denn sonst könnte der handelnde Ehegatte auf dem Wege einer Verurteilung eine verbotswidrige Verfügung herbeiführen. Der im Zivilprozeß geltende und durch §§ 1365, 1369 BGB nicht eingeschränkte Verhandlungsgrundsatz ermöglicht es ihm ohne weiteres, durch Anerkenntnis, Säumnis, Verzicht auf Einwendungen oder durch Tatsachengeständnis ein obsiegendes Urteil des Dritten zu bewirken. Die umstrittene Frage, ob in diesem prozessualen Verhalten, insbesondere bei Anerkenntnis oder Verzicht, eine unzulässige Verfügung liegt, kann hier dahingestellt bleiben.¹⁵²⁾ Denn jedenfalls kann das Gericht von Amts wegen keine Ermittlungen darüber anstellen, ob in dem Verhalten eine unwirksame Verfügung zu sehen ist, indem es von sich aus feststellt, ob der Beklagte verheiratet ist, ob der Streitgegenstand das gesamte Vermögen oder einen Haushaltsgegenstand darstellt u.ä. Tragen die Parteien keine Tatsachen für die Verfügungsbeschränkung vor, so muß das Gericht sie unberücksichtigt lassen. Zur Schlüssigkeit der Klage gehört der Vortrag, der Beklagte sei nicht verheiratet oder das Rechtsgeschäft werde nicht von den Verfügungsbeschränkungen erfaßt, ebenfalls nicht.¹⁵³⁾ Vielmehr liegt ein vom Beklagten zu behauptender und evtl. zu beweisender Ausnahmetatbestand von der Regel vor, daß ein Rechtsinhaber auch verfügungsbefugt ist.

Würde die Vollstreckung eines auf diese Weise bewirkten, un-

151) So Rosenberg, Lehrb., 9. Aufl., § 208 III, 3 c und 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 894 Bem. II; Wieczorek, ZPO, § 894 Bem. A II, 3 c u. § 898 Bem. A; Lorenz, JZ 1959, 109.

152) Dazu unten § 13, II.

153) Die Frage wirft Bosch, Freiheit u. Bindung, FamRZ 1958, 86 auf.

richtigen Urteils nicht einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichgestellt werden, so könnte der andere Ehegatte die Vollstreckung nicht verhindern oder rückgängig machen. Sein etwaiger Mitbesitz am Vollstreckungsgegenstand hilft ihm nicht, weil dieser nach § 739 ZPO vollstreckungsrechtlich unbeachtlich ist, da auch die Zwangsvollstreckung aus Titeln der §§ 894 ff. ZPO dem § 739 ZPO unterliegt.¹⁵⁴⁾ Damit scheidet auch eine Berufung auf das Recht zum Besitz im Rahmen einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO aus. Eine Teilnahme am Erkenntnisverfahren bietet dem anderen Ehegatten ebenfalls keinen ausreichenden Schutz. Er kann zwar dem Rechtsstreit, der gegen seinen Ehegatten geführt wird, als Nebenintervenient gemäß § 66 ZPO beitreten; aber diese Möglichkeit versagt schon oft deswegen, weil der andere Ehegatte keine Kenntnis von dem schwebenden Prozeß hat. Darüber hinaus hindert der Beitritt nicht, daß der prozeßführende Ehegatte anerkennt oder verzichtet. Denn die Prozeßhandlungen der Partei gehen gemäß § 67 ZPO 2. Halbsatz den Erklärungen des Streithelfers vor.

Der andere Ehegatte ist kein Streitgenössischer Nebenintervenient nach § 69 ZPO, der auf die Wirkung der prozessualen Willenserklärungen der unterstützten Partei Einfluß nehmen kann. Denn die Rechtskraft der in dem Prozeß des Dritten gegen den handelnden Ehegatten ergehenden Entscheidung hat keine Wirkung auf das Rechtsverhältnis des anderen Ehegatten zu dem Dritten, wie es Voraussetzung des § 69 ZPO ist. Insbesondere hat, wie unten in § 14 noch nachgewiesen wird, das in dem Prozeß des Dritten gegen den handelnden Ehegatten ergehende Urteil keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem anderen Ehegatten; eine Rechtskrafterstreckung erfolgt nicht. Eine andersartige Wirkung der Entscheidung als die der Rechtskrafterstreckung kommt für das Rechtsverhältnis des anderen Ehegatten zu dem Dritten nicht in Betracht. Denn die Entscheidung im hauptprozeß führt weder eine gegenüber jedermann geltende Rechtsgestaltung herbei noch wirkt sie sonstwie gegenüber dem anderen Ehegatten. Für § 69 ZPO genügt es ebenso wie für § 62 ZPO nicht, daß der Rechtsgrund der beiden in Beziehung zu setzenden Rechtsverhältnisse identisch

154) Vgl. Baur, FamRZ 1958, 254; vgl. ferner oben Note 144 dieses Abschnitts.

ist. Es ist daher unerheblich, daß der andere Ehegatte im Falle einer Rückforderungsklage nach § 1368 BGB den materiellen Anspruch des handelnden Ehegatten geltend macht und somit ein enger innerer Zusammenhang zwischen den jeweiligen Rechtsverhältnissen der beiden Ehegatten zu dem Dritten besteht. Ein solcher Zusammenhang war auch im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes gegeben, wenn die Ehefrau auf Leistung und der Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen wurden. Obwohl der Klage gegen den Ehemann nur stattgegeben werden konnte, wenn die Klage gegen die Ehefrau begründet war, hat die herrschende Meinung ¹⁵⁵⁾ eine notwendige Streitgenossenschaft verneint. Dasselbe gilt, wenn der handelnde Ehegatte im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft auf Leistung und der andere Ehegatte auf Feststellung seiner Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft verklagt werden oder wenn der andere Ehegatte als Streithelfer in den Prozeß gegen den handelnden Ehegatten eintritt. Der innere Zusammenhang der beiden Rechtsverhältnisse allein genügt weder für § 62 ZPO noch für § 69 ZPO.

Der zustimmungsberechtigte Ehegatte hat daher - abgesehen davon, daß er unter Umständen von dem schwebenden Prozeß keine Kenntnis hat - nicht die Möglichkeit, sich wirksam gegen eine Verurteilung und eine Zwangsvollstreckung zu wehren, wenn die Vollstreckung nicht wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne der §§ 1365, 1369 BGB behandelt wird. Dabei ist das Schutzinteresse gleich groß, ob es sich um eine rechtsgeschäftliche oder eine erzwungene Verfügung handelt.

Demgegenüber sind die Interessen des Vollstreckungsgläubigers nicht in annähernd gleicher Weise gefährdet, wenn die von ihm eingeleitete oder durchgeführte Zwangsvollstreckung wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung gemäß §§ 1365, 1369 BGB behandelt wird. Allerdings belastet es ihn, wenn er trotz eines rechtskräftigen Urteils und dessen Vollstreckung am Ende den erstrittenen Gegenstand doch zurückgeben muß. Aber diese Unsicherheit zu beseitigen, liegt ganz in seiner Hand. Als Vertragspartei kennt er

155) Vgl. RGZ 59, 234; RG in JW 1919, 319 mit weiteren Nachweisen in der Anm. von Kremer; KG in OLGE 22, 367, 368; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 62 II. A.A. OLG Jena in JW 1930, 1017 ohne Begründung und Wieczorek, ZPO, § 62 Bem. A II d 1.

die näheren Umstände des Rechtsgeschäfts oder kann sie in Erfahrung bringen. Ergibt sich daraus die Möglichkeit, daß das Rechtsgeschäft der Verfügungsbeschränkung unterliegt, so kann er den anderen Ehegatten auf Feststellung dahin mitverklagen, daß das Rechtsgeschäft auch ihm gegenüber wirksam sei, wenn er nicht ganz von einer Klage absehen will. Wird der Feststellungsklage stattgegeben, so kann sich der andere Ehegatte nicht mehr darauf berufen, die Zwangsvollstreckung unterliege der Verfügungsbeschränkung. Wird sie abgewiesen, so ist der Dritte genügend gewarnt, so daß er mit der Rückgabe der Sache trotz erfolgter Zwangsvollstreckung rechnen muß. Erhebt er die Feststellungsklage nicht, so hat er es sich ebenfalls selbst zuzurechnen, wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Leistungsurteil erfolglos bleibt.

c) Die Urteilswirkungen.

Sprechen die Interessenlage der Beteiligten und der rechtsgeschäftliche Charakter des nach §§ 894 ff. ZPO erfolgten Rechtserwerbs für eine analoge Anwendung der §§ 1365, 1369 BGB auf die sogenannte Zwangsverfügung, so bleibt noch zu prüfen, ob etwa die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils oder der Charakter der Zwangsvollstreckung eine Analogie ausschließen.

aa) Rechtskrafterstreckung ?

Wirkt die Rechtskraft des Leistungsurteils auch gegenüber dem anderen Ehegatten, so hat die entsprechende Anwendung der Verfügungsbeschränkungen auf die Zwangsvollstreckung keinen Sinn.¹⁵⁶⁾ Ist ihm gegenüber einmal festgestellt, daß die Leistungspflicht besteht, so kann er später in einer Klage nach § 771 ZPO oder § 1368 BGB nicht mehr mit dem Gegenteil gehört werden. Um die Zwangsvollstreckung verhindern oder rückgängig machen zu können, muß er aber auf §§ 1365, 1369 BGB und damit auf die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts verweisen. Die Frage nach der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft gewinnt hier entscheidende Bedeutung. Auf sie kann erst an anderer Stelle¹⁵⁷⁾ ausführlich ein-

156) Davon geht Baur, FamRZ 1958, 256 in seiner Untersuchung aus.

157) s. unten § 14 I.

gegangen werden. Als Ergebnis sei hier vorweggenommen, daß ein für oder gegen den einen Ehegatten ergangenes Urteil auch dann keine Rechtskraft gegen den anderen Ehegatten wirkt, wenn es sich um Klagen handelt, die Geschäfte der §§ 1365, 1369 betreffen. Der Anwendung dieser Bestimmungen auf die sog. Zwangsverfügungen nach §§ 894 ff. ZPO steht daher aus diesem Grunde kein Hindernis entgegen.

bb) Ersetzung der Zustimmung durch das Urteil ?

Zu erwägen bleibt, ob durch die nach § 894 ZPO ersetzte Willenserklärung des verurteilten Ehegatten die Zustimmung des anderen Ehegatten ebenfalls ersetzt wird. In Rechtsprechung und Literatur wird vielfach angenommen, daß es für die Vollstreckung eines Urteils nach §§ 894 ff. ZPO außer der Verurteilung der richtigen Partei keiner weiteren Willenserklärung bedürfe, wenn diese auch nach bürgerlichem Recht erforderlich sei. Das rechtskräftige Urteil ersetze den gesamten Tatbestand des Rechtsgeschäfts, soweit er auf Willenserklärungen beruhe. So sei zur Zwangsvollstreckung eines gegen den Mündel gerichteten Titels auch dann nicht die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nötig, wenn eine rechtsgeschäftliche Verfügung ersetzt werde, zu der der Vormund im Falle freiwilliger Leistung der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfe.¹⁵⁸⁾ Ebenso genüge ein gegen den Ehemann gerichteter Titel, wenn die Übereignung eines zum Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft gehörendes Grundstück erzwungen werden solle, obwohl die rechtsgeschäftliche Verfügung nach § 1445 BGB a.F. zustimmungsbedürftig sei.¹⁵⁹⁾ Ob sich diese vor allem für die vormundschaftsgerichtliche Zustimmung erörterte und umstrittene Ansicht mit § 894 ZPO vereinbaren läßt, kann im einzelnen dahin-

158) So Bayer. ObLG in MDR 1953, 561 mit vielen Nachweisen; KG in KGJ 31, 293 u. 45, 264; RGRK (Pritsch), 11. Aufl., § 925a Bem. 43, 44; v. Staudinger-Kober, 10. Aufl., § 925 Bem. 74; Palandt-Lauterbach, 18. Aufl., § 1821 Bem. 1 b; Rosenberg, Lehrb., 7. Aufl., § 208 III 3a; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 894 Bem. 3. B.
A.A.: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 894 Bem. II; Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 115 Note 36; v. Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1821 Bem. 1b, § 1822 Bem. 5a; Baur, FamRZ 1958, 256; Bosch, FamRZ 1959, 241.

159) So KG in KGJ 26, A 260 = OLG 9, 113; Rosenberg, Lehrb., 7. Aufl., § 208 III 3a.

gestellt bleiben. Denn für die Verfügungsbeschränkungen, um die es sich ja in §§ 1365, 1369 BGB handelt, wird sich (s.u.) aus dem Gesetz eindeutig herleiten lassen, daß die Zustimmung des Geschützten nicht ersetzt wird, sondern für die Wirksamkeit der Zwangsvollstreckung erforderlich bleibt.

Allerdings ist die Zustimmung des anderen Ehegatten zu der Zwangsverfügung keine Vollstreckungsvoraussetzung und ihr Fehlen kein Vollstreckungshindernis dergestalt, daß die Vollstreckung ohne sie nicht stattfinden dürfte. Denn anders als in den sonstigen Fällen, in denen eine Verfügung zugunsten einer Privatperson verhindert werden soll und deshalb die fehlende Verfügungsbefugnis mit dem Erfordernis eines Titels gegen den Geschützten verknüpft ist,¹⁶⁰⁾ ist in den Fällen der §§ 1365, 1369 BGB zur Einleitung der Zwangsvollstreckung ein Titel gegen den anderen Ehegatten nicht erforderlich. Die Vollstreckung muß daher auf Grund des Leistungstitels eingeleitet werden, auch wenn sie z.B. die Übereignung von Hausrat bewirken soll. Der andere Ehegatte ist auf Gegenmaßnahmen angewiesen, nämlich auf die Klage aus § 771 ZPO oder auf die hier interessierende Rückforderungsklage aus § 1368 BGB.

Der andere Ehegatte kann sich jedoch weiterhin auf die Verfügungsbeschränkung berufen, da das Leistungsurteil mangels Rechtskrafterstreckung ihm gegenüber keine Feststellung trifft und die Zustimmung zur Wirksamkeit der Zwangsvollstreckung ihm gegenüber erforderlich bleibt. Für seine Rückforderungsklage aus § 1368 BGB bleibt allein entscheidend, ob die Zwangsvollstreckung des Urteils seine Zustimmung ersetzt hat, so daß kein Verstoß gegen die Verfügungsbeschränkung vorliegt. Tatsächlich hat das rechtskräftige Urteil seine Zustimmung zu der Zwangsverfügung nicht ersetzen können. Ihm gegenüber ist deshalb die Rechtsverschaffung am Gesamtvermögen oder am Hausrat nicht wirksam geworden. Für Verfügungsbeschränkungen, die ja auch in §§ 1365, 1369 BGB enthalten sind, läßt sich das Ergebnis aus mehreren Vorschriften der ZPO herleiten.

Außer den §§ 1365, 1369 BGB gibt es einige Fälle, in denen

160) Vgl. §§ 737, 739 a.F., 743, 745 II, 748 II ZPO.

trotz bestehender Verfügungsbeschränkungen von dem Erfordernis eines Titels gegen den Geschützten abgesehen wird und die Zwangsvollstreckung allein auf Grund eines Leistungstitels gegen den Rechtsinhaber möglich ist. Das ist bei der Vollstreckung gegen die sog. Gewerbefrau gemäß § 741 ZPO a.F.¹⁶¹⁾ und gegen die durch ein relatives Veräußerungsverbot beschränkte Person der Fall. Die Rechtslage ist insoweit dieselbe wie bei den §§ 1365, 1369 BGB. Gegen die Gewerbefrau konnte allein aus dem Leistungstitel vollstreckt werden, obwohl sie für Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb nicht mit sich brachte, weiterhin in der Verfügungsbefugnis beschränkt blieb (§§ 1395, 1405 I BGB a.F.). Ebenso ist nach der ZPO eine Vollstreckung in einen Gegenstand, hinsichtlich dessen der Eigentümer einem relativen Veräußerungsverbot gemäß § 135 BGB unterliegt, allein auf Grund des Leistungstitels möglich. Dennoch ist aber damit, daß die Vollstreckung zugelassen wird, keineswegs auch die zu den Verfügungen erforderliche Zustimmung des Geschützten ersetzt. Vielmehr bestimmen die §§ 772, 774 ZPO ausdrücklich, daß der Geschützte seine Rechte im Wege der Drittwiderspruchsklage wahren kann. Der Ehemann konnte daher z. B. vorbringen, daß die Zwangsvollstreckung seiner Zustimmung bedürfe, weil der Titel keine Geschäftsschuld ausweise. Entsprechend kann der durch ein relatives Veräußerungsverbot Begünstigte nach § 772 ZPO die Zwangsvollstreckung verhindern. Dieses Zugeständnis des Gesetzes an Personen, die durch die Verfügungsbeschränkung geschützt werden, hat nur dann einen Sinn, wenn das Leistungsurteil nicht schon deren Zustimmung zu der Zwangsverfügung ersetzt hat. Die §§ 772, 774 ZPO sind nur die Konsequenz des Satzes, daß Verfügungsbeschränkungen eine Vollstreckung gegen den Beschränkten zwar formell zulassen, aber ihre materielle Wirksamkeit beeinträchtigen, da das Zustimmungserfordernis des Geschützten bestehen bleibt.

In §§ 1365, 1369 BGB ist die vollstreckungsrechtliche Lage nicht anders. Es besteht kein Anlaß, hier die Rechte des anderen Ehegatten zu beschränken. Man kann eher so argumentieren, daß der andere Ehegatte nicht schlechter gestellt sein kann als derjenige,

161) Entsprechendes gilt für § 741 ZPO n.F. nur noch für den gewerbetreibenden Ehegatten in der Gütergemeinschaft.

der durch die viel schwächere Verfügungsbeschränkung des relativen Veräußerungsverbots begünstigt wird.

Eine Auseinandersetzung mit der angeführten Literatur und Rechtsprechung¹⁶²⁾, die annimmt, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung werde durch das Leistungsurteil gegen den Mündel ersetzt, braucht nicht zu erfolgen. Die Ausgangspunkte sind im Vergleich zu dem hier vorliegenden Fall zu verschiedenen. Dort handelt es sich um einen Mangel in der Vertretungsbefugnis des Vormunds und hier um einen Mangel in der Verfügungsmacht. Die aus §§ 772, 774 ZPO gewonnenen Ergebnisse sind aber speziell auf die fehlende Verfügungsbefugnis zugeschnitten, so daß sie nicht auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung übertragen werden können. Die Berufung auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mag dem Mündel zu Recht versagt sein. Denn anders als der zustimmungsberechtigte Ehegatte ist der Mündel an dem Leistungsprozeß selbst als Partei beteiligt. Ferner hat das Urteil gegen ihn als Partei unmittelbare Rechtskraftwirkung, so daß eine Berufung auf die Zustimmungsbefugnis der Vollstreckung als Angriff auf die rechtskräftig festgestellte Leistungspflicht anzusehen ist. Auch das ist in §§ 1365, 1369 BGB hinsichtlich des zustimmungsberechtigten Ehegatten nicht der Fall.

Die Entscheidung des Kammergerichts vom 26. 10. 1903¹⁶³⁾ kann das Ergebnis, das für §§ 1365, 1369 BGB gefunden ist, ebenfalls nicht beeinträchtigen. Es handelte sich dort um den Fall, daß der Ehemann zur Auflassung eines Grundstücks verurteilt wurde, das zum Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft gehörte. Das KG hielt für die Zwangsvollstreckung nicht die Zustimmung der Ehefrau gemäß § 1445 BGB a.F. für erforderlich. Das KG kommt aus verschiedenen Gründen zu diesem Ergebnis. Einmal trifft es nicht die Unterscheidung zwischen der Zulässigkeit und der Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung, die gerade bei einer fehlenden Verfügungsbefugnis von erheblicher Bedeutung ist, wie §§ 741, 772, 774 ZPO zeigen, da die Vollstreckung nur durch Gegenmaßnahmen des Geschützten gehindert werden kann. Außerdem geht das KG von einer

162) Zitate oben in Note 158 dieses Abschnitts.

163) KG in KGJ 26, 260 = OIGE 19, 113; zustimmend Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 208 III 3a.

Erstreckung der Rechtskraft des Leistungsurteils auf die Ehefrau aus, die hier für den anderen Ehegatten gerade abgelehnt ist. Bei einer Rechtskrafterstreckung war es folgerichtig, die Vollstreckung als wirksam anzusehen. Wo aber - wie hier - eine Rechtskraftwirkung des Leistungsurteils gegenüber demjenigen, der durch das Zustimmungserfordernis geschützt werden soll, nicht besteht, darf auch nicht die Zustimmung als ersetzt gelten. Denn sonst würde auf dem Wege der Zustimmungsersetzung doch eine Rechtskrafterstreckung bewirkt werden.

d) Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß eine Zwangsvollstreckung, die eine rechtsgeschäftliche Verfügung der §§ 1365, 1369 BGB ersetzt, zugunsten des anderen Ehegatten wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung zu behandeln ist. Sie gewährt ihm die Rückforderungsklage aus § 1368 BGB.

In der Literatur wird diese Ansicht vertreten von Baur¹⁶⁴⁾ und Lorenz¹⁶⁵⁾, ferner neigt ihr Bosch¹⁶⁶⁾ zu.

3. Vollstreckung von Herausgabetiteln nach § 883 ZPO.

Für § 1369 BGB ist die Besitzübertragung in Verbindung mit der Verschaffung eines Rechts zum Besitz als verbotswidrige Verfügung des Ehegatten angesehen worden. Nach den vorstehenden Ausführungen muß dann folgerichtig die zwangsweise Durchsetzung einer solchen Besitzverschaffung wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung behandelt werden.

164) Baur, FamRZ 1958, 256 r, 257 l.

165) Lorenz, JZ 1959, 109 r.

166) Bosch, Freiheit und Bindung, FamRZ 1958, 86 l.

§ 8

Muß der verfügende Ehegatte Rechtsinhaber der Gegenstände
der §§ 1365, 1369 BGB sein ?

I. Bei Verfügungen gemäß § 1365 BGB.

Die §§ 1365, 1369 BGB erfassen nach ihrem Wortlaut nur Fälle, in denen der Ehegatte über "sein" Vermögen im ganzen und über "ihm gehörende" Gegenstände des ehelichen Haushalts verfügt. Für § 1365 BGB erscheint es klar, daß die Verfügungsbeschränkung nur eingreift, wenn der Ehegatte über sein eigenes Vermögen verfügt. Das Vermögen eines Dritten kann nicht die zu erhaltende wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie bilden. An Gegenständen eines Dritten können zwar Rechte bestehen; aber nur diese können das Gesamtvermögen eines Ehegatten ausmachen, nicht die fremde Vermögenssubstanz.

Die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB greift ferner nicht ein, wenn der eine Ehegatte über das Gesamtvermögen des anderen Ehegatten verfügt. Denn die Bestimmung will nicht etwa die Verfügung über eheliches Gut schlechthin verhindern, sondern sie will Verfügungen von einem bestimmten quantitativen Umfang ausschließen. Wann diese quantitative Grenze überschritten ist, bestimmt das Gesetz nach dem Werte des Vermögens des Verfügenden. Durch Verfügungen über Gegenstände eines Dritten kann diese Grenze nicht erreicht werden. Eine analoge Anwendung des § 1365 BGB auf Verfügungen des Ehegatten über das Gesamtvermögen des anderen Gatten zum Ausschluß gutgläubigen Erwerbs erscheint nicht sinnvoll. Sollte das Familienvermögen ganz generell zusammengehalten werden, so ließe sich vielleicht rechtfertigen, dem Ehegatten zu verwehren, unter Ausnutzung der Gutglaubensvorschriften über Gegenstände des anderen Ehegatten zu verfügen. Es liegt aber kein Grund vor, die Gutglaubensvorschriften für alle Verfügungen des Nichtberechtigten anzuwenden und sie nur dann auszuschließen, wenn die Verfügung das gesamte Vermögen des Geschädigten betrifft. Davon abgesehen kommt ein Gutglaubensschutz hinsichtlich aller Gegenstände des Gesamtvermögens

regelmäßig nur für den seltenen Fall in Betracht, daß das Vermögen allein aus beweglichen Sachen besteht. Forderungen können nicht gutgläubig erworben werden; bei Grundstücken hindert die Eintragung des Eigentümers im Grundbuch den gutgläubigen Erwerb. Auch aus diesem Grunde erscheint es nicht notwendig, den gutgläubigen Erwerb durch Anwendung des § 1365 BGB auszuschließen.

Dagegen ist in der Literatur umstritten, ob § 1369 BGB über seinen Wortlaut hinaus Verfügungen über Haushaltsgegenstände erfaßt, die dem anderen Ehegatten oder einem Dritten gehören.

II. Verfügungen über Haushaltsgegenstände des anderen Ehegatten.

Die überwiegende Meinung in der Literatur¹⁶⁷⁾ vertritt die Ansicht, der Ehegatte könne nicht nach §§ 932 ff BGB über Haushaltsgegenstände verfügen, die im Eigentum des anderen Ehegatten stehen, da die Verfügungsbeschränkung auch diese Rechtsgeschäfte erfasse. Allerdings ist in der Regel eine tiefergreifende Begründung zu vermissen. Es wird oft nur das Argument angeführt, daß § 1369 BGB dem Schutze der Familiengemeinschaft diene und durch Verfügungen über Gegenstände des anderen Ehegatten dieser Schutz in Frage gestellt werden könne. Gerade dieser Grund greift aber nicht durch. Es wird sich vielmehr zeigen, daß die Familie auch ohne die analoge Anwendung der Verfügungsbeschränkung gegen solche einseitigen Verfügungen eines Ehegatten über Haushaltsgegenstände ausreichend gesichert ist.

167) So Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 5; Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1369 Bem. 2; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1369 Bem. 1; Beitzke in FamR, 9. Aufl., § 13 II 1 sowie in Achilles-Greif, BGB, § 1369 Bem. 3 und in FamRZ 1958, 167; Lorenz, JZ 1959, 107 (III 2); Bärman, AcP 157, 161; Baur, FamRZ 1958, 256 Note 24; Berges, KTSch 1958, 69; Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 3.

A.A. Boehmer, FamRZ 1959, 4 und 1959, 82; Koeniger, DRiZ 1959, 374 (II 3); Ziege, NJW 1957, 1580 (III); Zunft, NJW 1958, 130 (II).

Zu § 1395 BGB a.F. nahm die h.L. an, daß die Verfügungsbeschränkung nicht eingreife, wenn die Ehefrau über Gegenstände des Ehemannes verfügte: RG in Warn.Rspr. 1911, 204 (Nr.188); OLG München in SA 62, 279 (Nr. 162); Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1404 Bem. 1; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1404 Bem. 4 gegen Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 63 Note 1.

1. Der Wortlaut des § 1369 BGB und rechtstheoretische Gesichtspunkte.

Der Wortlaut des § 1369 BGB ist eindeutig. Er umfaßt ebenso wie § 1368 BGB nur Verfügungen über Gegenstände des Rechtsinhabers. Die Auslegung contra legem muß daher schon gewichtige Gründe anführen, um durchzugreifen.

Außer dem Wortlaut hat die herrschende Meinung die Tatsache gegen sich, daß § 1369 BGB eine echte Verfügungsbeschränkung enthält. Das Wesen der Verfügungsbeschränkungen besteht darin, daß dem Verfügenden die Verfügungsbefugnis ausnahmsweise entzogen wird, obwohl er sie nach dem Umfang seiner Rechtsinhaberschaft an sich innehat. Diese ausnahmsweise Beschränkung kann nur dort wirksam werden, wo sich die Verfügungsbefugnis an sich aus der Zuordnung des Gegenstandes ergibt. Fehlt die Verfügungsbefugnis schon mangels Rechtsinhaberschaft, so widerspricht es dem System des BGB, durch eine zusätzliche Verfügungsbeschränkung einen weiteren Schutz gegen gutgläubigen Erwerb zu schaffen. Vielmehr regeln die §§ 932 ff BGB den gutgläubigen Erwerb bei Verfügungen durch den Nichteigentümer abschließend und fordern nur den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers. Andererseits schaffen die §§ 932 ff BGB keine Verfügungsbefugnis, die eingeschränkt werden könnte; das Gesetz trifft lediglich sachenrechtlich einen Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten, wie sie aus der Rechtsscheinsituation entstanden sind.¹⁶⁸⁾ Der Rechtserwerb beruht nicht auf einer Verfügungsbefugnis des Nichteigentümers, sondern ist eine gesetzliche Folge der Rechtsscheinsituation.

Dem Gesetzgeber standen andere Mittel zur Verfügung, wenn er verhindern wollte, daß der Ehegatte über Haushaltsgegenstände des anderen Ehegatten nach §§ 932 ff BGB verfügen kann. Er hätte z.B. kraft Gesetzes Miteigentum am Hausrat begründen können, so daß hinsichtlich des einen Miteigentumsanteils § 1369 BGB zum Zuge

168) So v. Tuhr, Allg. Teil, II 1, § 60 II (S. 379); Eichler, Institutionen des Sachenrechts, I. Bd., S. 129 Note 157; Planck-Brodmann, SachR, 5. Aufl., Vorbem. 4 vor § 932; Meyer, Publizitätsprinzip, München 1909, S. 95 ff. Die früher mehrfach verfochtene Legitimationstheorie (vgl. Nachweise bei Planck, aaO), wird heute wohl nicht mehr vertreten.

gekommen und die gesamte Verfügung nach § 139 BGB unwirksam gewesen wäre. Indem der Gesetzgeber das Institut der Verfügungsbeschränkung gewählt hat, sind die Auswirkungen des § 1369 BGB festgelegt; sie können sich nur im Rahmen der Eigenart einer Verfügungsbeschränkung halten, die eine Rechtsinhaberschaft des Verfügenden voraussetzt.

Die Anwendbarkeit des § 1369 BGB bei Verfügungen über Haushaltsgegenstände des anderen Ehegatten läßt sich nicht mit der von Massfeller-Reinicke¹⁶⁹⁾ und Finke¹⁷⁰⁾ vorgebrachten Begründung rechtfertigen, daß der Erwerber an das Eigentum des veräußernden Ehegatten glaube und nach den Tatsachen, die er sich vorstelle, die Verfügungsbeschränkung eingreife. Vielmehr ist Beitzke¹⁷¹⁾ zuzustimmen, der dagegen einwendet, der böse Glaube könne keine Verfügungsbeschränkung herbeiführen. Im Zivilrecht hat der böse Glaube an ein nicht vorhandenes Erwerbshindernis keine Wirkung. Entscheidend ist vielmehr die wahre Rechtslage.¹⁷²⁾ Nur im umgekehrten Fall ist die Vorstellung des Erwerbers von Bedeutung, wenn er nämlich tatsächlich bestehende Erwerbshindernisse nicht kennt und in seinem guten Glauben geschützt wird.

2. Teleologische Erwägungen.

Bei dieser eindeutigen rechtsdogmatischen Situation und dem klaren Wortlaut des § 1369 BGB können für die herrschende Meinung nur noch teleologische Erwägungen herangezogen werden, wie Beitzke¹⁷³⁾ zutreffend feststellt. Das Argument, der Ehegatte dürfe die Familie durch Verfügungen über Haushaltsgegenstände des anderen Ehegatten erst recht nicht gefährden, wenn er nicht einmal über ihm gehörenden Hausrat verfügen könne, besticht auf den ersten Blick. Aber die Voraussetzung für diese Begründung, daß nämlich die Familie gefährdet werde, wenn § 1369 BGB keine analoge Anwendung finde, trifft nicht zu. Und nur dann, wenn der Schutzzweck

169) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1369 Bem. 5.

170) Erman-Finke, GlBG, § 1369 Bem. 3.

171) Beitzke, FamRZ 1958, 167 r.

172) Vgl. Boehmer, FamRZ 1959, 4: "plus est in re quam in existimatione mentis."

173) Beitzke, FamRZ 1958, 167. Teleologische Erwägungen stellen ebenfalls in den Vordergrund: Lorenz, Baur und Berges (Zitate in Note 167).

des § 1369 BGB in Frage gestellt wird, läßt sich eine Ausdehnung dieser Bestimmung contra legem rechtfertigen.

Tatsächlich reichen Eigentum und Besitz an Haushaltsgegenständen aus, um den Eigentümer-Ehegatten und damit die Familie vor unerwünschten Verfügungen des anderen Ehegatten an einen gutgläubigen Dritten zu schützen. Verfügt der Ehegatte über ihm gehörende Gegenstände, so ist der andere Ehegatte in seinen Interessen an der Erhaltung der Benutzungsmöglichkeit der Haushaltsgegenstände ohne § 1369 BGB kaum gesichert. Sein etwaiger Mitbesitz, den er nicht einmal in allen Fällen innehat, schützt ihn nicht vor einer Übereignung durch den Eigentümer, der ja als Berechtigter verfügt.

a) Ganz anders ist die Rechtslage jedoch dann, wenn der Ehegatte über Haushaltsgegenstände verfügt, die im Eigentum des anderen Ehegatten stehen.¹⁷⁴⁾ Da der Ehegatte als Nichteigentümer nur nach §§ 932 ff BGB verfügen kann, scheidet der Erwerb des Dritten im Falle der Bösgläubigkeit aus. Auch gegenüber einer Zwangsvollstreckung ist der Eigentümer-Ehegatte nicht ungeschützt. Zwar ist der schuldrechtliche Vertrag über eine fremde Sache wirksam; aber der Eigentümer kann sich im Falle der Vollstreckung des daraufhin von dem Dritten erwirkten Titels erfolgreich auf sein Eigentum berufen. Er kann die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB und damit den § 739 ZPO ausräumen und unter Hinweis auf sein Eigentum die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben.

Der einzige Fall, in dem überhaupt eine Verfügung erreicht werden kann, ist der des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff BGB. Aber auch dieser wird regelmäßig durch § 935 BGB vereitelt. Greift dagegen § 935 BGB nicht ein, so ist der andere Ehegatte aus dem Gedanken des Veranlassungsprinzips nicht schutzbedürftig. Die Situation ist hier anders als bei einer Verfügung des Ehegatten über ihm gehörenden Hausrat, wo der Mitbesitz des anderen Ehegatten die Eigentumsübertragung nicht hindert und der andere Ehegatte

174) Stehen Gegenstände im Miteigentum der Ehegatten, so greift § 1369 BGB hinsichtlich des Miteigentumsanteils ein; die gesamte Verfügung ist dann gemäß § 139 BGB unwirksam. Vgl. Bohmer, FamRZ 1959, 82 (II 2), 83 (III 4); Massfeller-Reinicke, GIBG, § 1369 Bem. 4; Reinicke, BB 1957, 566.

nicht in allen Fällen den Mitbesitz innehat. Während vielfach die Ansicht vertreten wird, der Ehegatte, der nicht Eigentümer ist, erwerbe nicht schon allein mit der Einfügung der Sache in den ehelichen Haushalt Mitbesitz, sondern es sei ein besonderes besitzvermittelndes Rechtsgeschäft nötig,¹⁷⁵⁾ ist es unstrittig, daß der Eigentümer-Ehegatte bei bestehendem gemeinsamen Haushalt stets Besitz oder Mitbesitz an ihm gehörenden Haushaltsgegenständen hat. Verfügt der Ehegatte also über eine solche Sache, die dem anderen Ehegatten gehört, so ist sie dem Eigentümer abhanden gekommen, so daß § 935 BGB einen gutgläubigen Erwerb vereitelt. Der Eigentümer kann immer auf Grund seines Eigentumsrechts eine Besitzlage schaffen oder erhalten, die den § 935 BGB zur Anwendung gelangen läßt. Er bedarf deshalb keines weiteren Schutzes vor Verfügungen des anderen Ehegatten über sein Eigentum. Gibt er den Besitz freiwillig auf - was übrigens bei einem gemeinsamen Haushalt kaum denkbar ist, ohne daß die Sache die Eigenschaft als Haushaltsgegenstand verliert -, so bedarf er keines Schutzes mehr vor einer Verfügung an einen gutgläubigen Dritten. Denn er hat diese verschlechterte Rechtslage selbst verursacht. Es entspricht dem Veranlassungsprinzip, das bei der Behandlung des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen im BGB überall gilt, daß der Eigentümer dann keines Schutzes gegen gutgläubigen Erwerb bedarf, wenn er die Rechtsscheinsituation selbst veranlaßt

175) Vgl. die Übersicht bei Kremer, Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten, S. 15 - 19. Gegen die herrschende Lehre (vgl. Note 123), die für den Mitbesitz schon allein die Tatsache der häuslichen Gemeinschaft genügen läßt, hält z.B. der BGH in BGHZ 12, 380 (396) = NJW 1954, 918 (920) = FamRZ 1954, 198 einen "Gebrauchsüberlassungsvertrag nach Art der Leihe" für erforderlich, während z.B. das OLG Hamburg in MDR 1954, 247 = NJW 1954, 1688 eine "am äußeren Geschehen erkennbare Einigung gemäß § 854 II BGB mit dem Berechtigten" für erforderlich erachtet. Gegen die Ansicht des BGH neuerdings Gernhuber in FamRZ 1959, 471 mit weiteren Nachweisen in Note 56 sowie Lorenz, JZ 1959, 108 (III 4); zweifelnd Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1373 Bem. 1.

hat. 176)

Gegen die Anwendung des Veranlassungsprinzips kann nicht mit Lorenz¹⁷⁷⁾ eingewandt werden, die Verursachung des Rechtsscheins durch den Ehegatten könne deshalb keine Bedeutung haben, weil § 1369 BGB vor allem die Familie schütze. Richtig ist daran nur, daß § 1369 BGB auch und vor allem die Existenz der Familie sichern soll. Die Durchführung dieses Schutzes ist aber vom Gesetz, wie bei der Frage nach der relativen Schutztendenz des § 1369 BGB nachgewiesen ist,¹⁷⁸⁾ allein in die Hände der Ehegatten gelegt; auf ihre Person ist daher allein abzustellen. Wie der andere Ehegatte zum Nachteil der Familie einer schädigenden Verfügung seines Ehegatten zustimmen und wie er ebenfalls auf seine Schutzrechte aus § 1368 BGB verzichten kann, so ist es auch der Familie nachteilig anzurechnen, wenn der Ehegatte einen Rechtsschein veranlaßt und dadurch einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Beide Ehegatten, die den Schutz der Familie allein sichern oder auf ihn verzichten können, haben im obigen Falle durch die Verfügung bzw. durch die Veranlassung des Rechtsscheins den Schutz der Familie aufgegeben oder verwirkt.

Solange die Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft leben, ist also die Familie vor einseitigen Verfügungen eines Ehegatten über Hausrat in jedem Falle geschützt, auch wenn § 1369 BGB entsprechend seinem Wortlaut eng ausgelegt wird. Entweder liegt Allein- oder Miteigentum des Verfügenden vor, dann macht § 1369 BGB die Verfügung unwirksam. Ist dagegen der andere Ehegatte Eigentümer, so schließt § 935 BGB den gutgläubigen Erwerb aus. Das von

176) Der weite Geltungsbereich des sog. Veranlassungsprinzips ist unbestritten. Meinungsverschiedenheiten bestehen nur über den Rechtsgrund für den Einbruch in den Vertrauensschutz und das Rechtsscheinsprinzip. Westermann, SachR, § 45 III; Herbert Meyer, Publizitätsprinzip im deutschen Recht, München 1909, S. 94 f. RGRK (Johannsen), 11. Aufl., § 935 Bem. 1 und v. Staudinger-Berg, § 935 Bem. 1 berufen sich z.B. auf die Veranlassung des Rechtsscheins. Enneccerus-Wolff-Raiser, SachR, § 68 II 2 stellt auf die "geringere Verantwortlichkeit des Eigentümers" und Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S. 105, 106 auf die "Gefahrbeherrschung" ab. Auch wenn man den letzteren Ansichten folgt, wird man dem anderen Ehegatten den Rechtsschein zurechnen müssen.

177) Lorenz, JZ 1959, 107.

178) Vgl. oben § 3 II.

Boehmer¹⁷⁹⁾ vorgebrachte Bedenken, der Gutgläubensschutz des Erwerbers könne nicht von dem oft zweifelhaften und zufälligen Umstand abhängig sein, wer von den Ehegatten Eigentümer oder Besitzer der Haushaltssache sei, greift daher nicht durch. Denn nicht das Ergebnis, sondern nur die Begründung ist je nach der Eigentumslage verschieden, so daß im Streitfalle keine Benachteiligung des anderen Ehegatten aus einer etwaigen Unsicherheit der Eigentumslage entsteht, da die Begründung des Rückforderungsanspruchs in diesem Punkte dahingestellt bleiben kann.

b) Leben die Ehegatten getrennt, so besteht ebenfalls kein Bedürfnis, den § 1369 BGB auf Verfügungen des Ehegatten über Haushaltsgegenstände auszudehnen, die im Eigentum des anderen Ehegatten stehen. Allerdings liegen hier die Besitzverhältnisse anders. Nach allgemeiner Ansicht¹⁸⁰⁾, die sich zum Teil schon vor der Einführung des Gleichberechtigungsgesetzes herausgebildet hatte, sind der in der ehelichen Wohnung zurückbleibende und der abziehende Ehegatte jeder für sich Alleinbesitzer der Gegenstände, die sie im Gewahrsam haben, wenn sie die häusliche Gemeinschaft endgültig aufgehoben haben. § 935 BGB kann daher Verfügungen an einen gutgläubigen Dritten nicht ausschließen. Die Verhinderung gutgläubigen Erwerbs durch analoge Anwendung des § 1369 BGB erscheint für diesen seltenen Ausnahmefall jedoch nicht geboten, weil die Familie aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht besonders geschützt zu werden braucht:

Im Falle des Getrenntlebens hat jeder Ehegatte zunächst nur Ansprüche auf Herausgabe des ihm gehörenden Hausrats und auf Aufteilung der im Miteigentum der Ehegatten stehenden Gegenstände (§ 1361a I 1, II BGB), so daß die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB ohnehin eingreift. Erst wenn diese Gegenstände nicht ausreichen, um einen abgesonderten Haushalt führen zu können, ist der andere Ehegatte nach § 1361a I 2 BGB verpflichtet, seinem Gatten ihm gehörende Gegenstände zum Gebrauch zu überlassen. Auser an Sachen, hinsichtlich derer der Ehegatte Allein- oder Miteigen-

179) Boehmer, FamRZ 1959, 82 (II 3).

180) Vgl. Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 14; Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1373 Bem. 2; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1373 Bem. 4; OLG Hamburg, Seuff. Arch. 77 Nr. 31 und 76 Nr. 52.

tümer ist, hat er also den Alleinbesitz nur noch an Gegenständen des anderen Ehegatten, die für die Haushaltsführung notwendig sind und deren Überlassung der Billigkeit entspricht. Durch diese doppelte Einschränkung gelangen nurdringend notwendige Gegenstände in den Besitz des anderen Ehegatten. Der Ehegatte wird aber nicht zu einer Gefährdung seiner eigenen Existenzgrundlage neigen, der er sich durch eine Verfügung über diese Gegenstände aussetzen würde.

Wichtiger ist aber, daß die Familie aus rechtlichen Gründen keines besonderen, über den Wortlaut des § 1369 BGB hinausgehenden Schutzes vor Verfügungen über diese Gegenstände bedarf. Wenn die Ehegatten getrennt leben, so ist die eheliche Lebensgemeinschaft bereits so weit gestört, daß das Ziel, die Benutzungsmöglichkeit an Haushaltsgegenständen zugunsten der Familie zu sichern, nicht mehr vordringlich ist. Der beim Getrenntleben der Ehegatten abgeschwächte Sicherungszweck kann den klaren Wortlaut des § 1369 BGB und die dogmatischen Bedenken gegen eine Analogie nicht zurückdrängen.

Der herrschenden Meinung, die § 1369 BGB auch auf Verfügungen über Gegenstände anwendet, die im Eigentum des anderen Ehegatten stehen, kann daher nicht gefolgt werden.

III. Verfügungen über Haushaltsgegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen.

Gegenstand einer Verfügungsbeschränkung kann nie eine Sache als solche, sondern nur ein Recht an ihr oder auf sie sein. Denn die Verfügungsbeschränkung ist ein Eingriff in das rechtliche Können, über einen bestimmten Gegenstand zu verfügen, das sich aus der Zuordnung der Sache ableitet. Nur soweit die Zuordnung reicht, besteht eine Verfügungsbefugnis und kann auch eine Verfügungsbeschränkung eingreifen. Sind Gegenstände eines Dritten in den ehelichen Haushalt eingefügt, so kann nur das Recht zum Besitz, das einem oder beiden Ehegatten zusteht, nicht aber das Eigentum des Dritten Haushaltsgegenstand sein und der Verfügungsbeschränkung unterliegen. Wird daher über das Recht zum Besitz verfügt, ohne das Eigentum des Dritten anzutasten, indem beispielsweise der Ehegatte den Überlassungsanspruch aus Mietvertrag aufgibt, so greift

§ 1369 BGB ein.¹⁸¹⁾ Wird andererseits über das Eigentum verfügt, ohne das Recht zum Besitz zu beeinträchtigen, so kann § 1369 BGB nicht wirksam werden. Es stellt sich nun die Frage, welche Rechtslage entsteht, wenn der Ehegatte über das fremde Eigentum an einen gutgläubigen Dritten verfügt. Soll zugunsten der Familie und des anderen Ehegatten § 1369 BGB analog auf die Übereignung angewendet werden? Oder ist § 1369 BGB in der Lage, das Recht zum Besitz zu erhalten, so daß eine Analogie nicht notwendig wird?

Eine entsprechende Anwendung des § 1369 BGB auf den Übereignungsvorgang selbst muß aus verschiedenen Gründen ausscheiden, die neben die Argumente treten, die sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem Charakter als Verfügungsbeschränkung ergeben.

Die §§ 932 ff BGB behandeln denjenigen, der auf Grund einer Rechtsscheinsituation an einen gutgläubigen Dritten verfügt, wie den Eigentümer. Er kann dieselben Rechtswirkungen herbeiführen, die der Eigentümer erreichen kann. Er muß daher ebenso wie der wahre Eigentümer über das Eigentum verfügen können. Der Rechtsinhaber kann aber auch dann sein Eigentum auf einen Dritten übertragen, wenn es mit einem Nießbrauch belastet ist oder wenn ein Dritter eine dingliche Anwartschaft auf Erwerb des Gegenstandes oder ein schuldrechtlich begründetes Recht zum Besitz hinsichtlich der Sache innehat. Diese Rechte hindern den Eigentumserwerb nicht; sie sind nur insoweit von Bedeutung, als sie sich gegen den Erwerber fortsetzen können.¹⁸²⁾ Entsprechend muß auch der Ehegatte gestellt sein, der nach §§ 932 ff BGB über das Eigentum verfügt. Es besteht kein Grund, die Übereignung durch den Ehegatten entgegen dem allgemeinen Grundsatz der §§ 932 ff BGB zu vereiteln, wenn sie ohnehin jederzeit vom Eigentümer vorgenommen werden kann.

Hinzu kommt, daß durch eine analoge Anwendung des § 1369 BGB auf die Eigentumsübertragung dem Eigentümer ein ungerechtfertigter Vindikationsvorteil entstehen würde, den er sonst nicht hätte. § 1369 BGB soll aber keineswegs den Eigentümer begünstigen, sondern die Familie und den anderen Ehegatten. Lorenz, der

181) Drüber eingehend oben in § 6 III 3 b.

182) Vgl. §§ 936 II, 161 I 1, 571 I, 986 II BGB.

diese Folge beachtet, nimmt deshalb einen relativen, nur gegenüber den Ehegatten unwirksamen Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten an, um diesem Ergebnis auszuweichen.¹⁸³⁾ Abgesehen davon, daß die relative Unwirksamkeit nicht der Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB entspricht, braucht zu diesem Mittel nicht gegriffen zu werden. Denn der Eigentumserwerb des Dritten kann völlig unangetastet bleiben, um zu einem Ergebnis zu gelangen, bei dem die Interessen der Ehegatten durchaus gewahrt werden.

Darin liegt das entscheidende Argument gegen eine analoge Anwendung des § 1369 BGB auf die Verfügung eines Ehegatten über Haushaltsgegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen. Die Verfügungsbeschränkung ist in der Lage, das Recht zum Besitz, um das es der Familie allein geht, gegenüber dem Erwerber des Eigentums ebenso zu erhalten wie bei einer Verfügung durch den Berechtigten. Mehr soll § 1369 BGB nicht erreichen. Das übersehen Bärmann¹⁸⁴⁾, Beitzke¹⁸⁵⁾ und Berges¹⁸⁶⁾, die davon ausgehen, daß der Schutz der Familie durch eine solche Übereignung vereitelt werde und deshalb der Eigentumsübergang selbst durch Anwendung des § 1369 BGB zu unterbinden sei.

1. Beruht das Besitz- und Nutzungsrecht der Familie auf einem beschränkt dinglichen Recht wie z. B. einem Nießbrauch, so bleibt der Nießbrauch auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Eigentums als Belastung bestehen. Denn der gute Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers wird nach §§ 932 - 934 BGB zwar geschützt, nicht aber sein guter Glaube an die Lastenfreiheit, der sonst nach § 936 BGB auch beim Erwerb vom Nichteigentümer beachtlich ist.¹⁸⁷⁾ Die Verfügungsbeschränkung, die hinsichtlich des Nießbrauchs des Veräußerers, der Haushaltsgegenstand ist, nach § 1369 BGB besteht, kann nur durch Zustimmung

183) Lorenz, JZ 1959, 109 (III 4 b), wobei er unterstellt, daß die Sache selbst Gegenstand des ehelichen Haushalts sei; die erforderliche Bezugnahme auf das Recht zum Besitz nimmt er nicht vor.

184) Bärmann in AcP 157, 161.

185) Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1369 Bem. 3.

186) Berges in KTSch 1958, 69.

187) Für § 936 BGB ist es gleichgültig, ob der Erwerb vom Eigentümer oder Nichteigentümer erfolgt; vgl. Palandt-Hoche, BGB, § 936 Bem. 1.

des anderen Ehegatten beseitigt werden. Der gute Glaube kann die Verfügungsbeschränkung nicht ausräumen, da dieser in § 1369 BGB nicht geschützt wird.¹⁸⁸⁾

Ist der andere Ehegatte Inhaber des Nießbrauchsrechts, so erlischt der Nießbrauch ebenfalls schon nach allgemeinen Regeln nicht. Denn hier greift zugunsten des anderen Ehegatten § 935 BGB ein, der auch im Rahmen des § 936 BGB gilt.¹⁸⁹⁾ Da der Nießbraucher mindestens Mitbesitz an der Sache hat, ist ihm der Besitz abhanden gekommen, so daß sein Recht nicht kraft guten Glaubens des Dritten erlöschen kann (§ 936 BGB).

2. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn eine dingliche Anwartschaft, die sich auf Eigentumserwerb richtet, Gegenstand des ehelichen Haushalts ist. In der Literatur¹⁹⁰⁾ wird vielfach § 936 BGB auf die dingliche Anwartschaft analog angewendet. Folgt man dieser Ansicht, so gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Der Eigentumserwerb des Dritten wird nicht gehindert, da §§ 932 - 934 BGB eingreifen. Die Anwartschaft bleibt jedoch wegen § 1369 BGB oder § 935 bestehen. Sie richtet sich nunmehr gegen den Erwerber, der nur auflösend bedingtes Eigentum erworben hat (§ 161 I BGB).

Dasselbe Ergebnis zeigt sich, wenn § 936 BGB nicht direkt, sondern über die Verweisungsvorschrift des § 161 III BGB entsprechend angewendet wird, was der Gesetzessystematik mehr entsprechen dürfte.¹⁹¹⁾ Die durch die Anwartschaft geschaffene zeitliche Eigentumsschranke kann nur derjenige beseitigen, der hinsichtlich der Anwartschaft Verfügungsbefugt ist. Der gute Glaube an die nichtbestehende Verfügungsbefugnis des Ehegatten über die Anwartschaft wird wiederum wegen § 1369 BGB oder § 935 BGB¹⁹²⁾ nicht geschützt,

188) Vgl. unten § 10 I.

189) Vgl. Palandt-Hoche, BGB, § 936 Bem. 3 b; Westermann, SachR, § 50 Bem. 1; RGRK (Johannsen), 11. Aufl., § 936 Anm. 5.

190) Z.B. Palandt-Hoche, 19. Aufl., § 936 Bem. 1; Erman-Westermann, 2. Aufl., § 936 Bem. 1; v. Staudinger-Berg, 11. Aufl., § 936 RdBem. 16; Soergel-Butteweg, 8. Aufl., § 936 Bem. 1.

191) Diesen Weg geht Eichler, Institutionen, I.Bd., S. 135 Note 173.

192) Ebenso wie für § 936 BGB ist es für den entsprechenden § 161 BGB gleichgültig, ob die Verfügung über das Eigentum von dem Berechtigten oder einem Nichteigentümer erfolgt. Ferner ist § 935 BGB auch im Rahmen des § 161 III BGB anwendbar; vgl. Lorenz, JZ 1959, 108.

je nachdem wer von den beiden Ehegatten Inhaber der Anwartschaft ist.

Der Unterschied zu der von Bärmann, Beitzke, Lorenz und Berges vertretenen Ansicht¹⁹³⁾ besteht darin, daß hier der Eigentumserwerb des Dritten entsprechend dem Charakter der Anwartschaft für auflösend bedingt, aber zunächst wirksam gehalten wird, während jene Autoren den Eigentumserwerb als völlig unwirksam ansehen. Das erhalten gebliebene Anwartschaftsrecht läßt das Recht zum Besitz fortbestehen. Der andere Ehegatte kann daher im Falle der Besitzübertragung von dem Erwerber die Rückgabe der Sache an die Ehegatten verlangen.

Die hier vertretene Ansicht enthält keinen Widerspruch, wie Berges¹⁹⁴⁾ meint, weil der Ehegatte zwar über das Vollrecht, nicht aber über die Anwartschaft verfügen könne. Denn das Eigentumsrecht ist ja ein fremdes. Für den ehelichen Haushalt ist aber nur das eigene Recht von Wert; für ihn ist die Anwartschaft daher durchaus kein minderes, sondern in concreto das weitere Recht.

3. Ergibt sich das Recht zum Besitz aus einem schuldrechtlichen Anspruch, z.B. aus Miete oder Leihe, so fehlt es an einer den §§ 161 III, 936 BGB ähnlichen Vorschrift. Die Bestimmungen können auch nicht entsprechend angewendet werden¹⁹⁵⁾, da der schuldrechtliche Anspruch den Inhalt des Eigentumsrechts in keiner Weise beeinträchtigt. Die Schlechterstellung des schuldrechtlichen Anspruchs ergibt sich aus seiner Rechtsnatur, die sich in einer rein personenrechtlichen Bindung der Vertragsparteien erschöpft. Die schwächere Wirkung des schuldrechtlich begründeten Rechts zum Besitz gegenüber Erwerbern des Eigentums besteht demgemäß nicht nur bei einer Verfügung des Nichtberechtigten nach §§ 932 ff BGB, sondern sie gilt ganz allgemein bei jeglicher Verfügung über das Eigentum. Das Gesetz hat eine grundsätzliche Abwägung zwischen den Interessen des Rechtserwerbers und denen des Besitzberechtigten vorgenommen und das schuldrechtlich begründete Recht zum Besitz nur im Falle des § 986 II BGB gegenüber dem Erwerber fortbestehen lassen.

193) Vgl. die Zitate in Noten 183 - 186.

194) Berges in KTSch 1958, 69.

195) Vgl. Enneccerus -Wolff-Raiser, SachR, § 70 N.1.

Greift diese Bestimmung, die auf den Erwerb nach § 931 BGB direkt und nach § 930 BGB entsprechend anzuwenden ist¹⁹⁶⁾, nicht ein, so setzt sich das Recht zum Besitz nicht gegenüber dem Erwerber des Eigentums fort. Der Besitzer muß und kann durch Wahrnehmung des Besitzschutzes gemäß §§ 859 ff BGB seine Rechtsstellung sichern, um so nur Verfügungen nach §§ 930, 931 BGB zu ermöglichen, bei denen sein Recht zum Besitz nach § 986 II BGB erhalten bleibt.

Es besteht kein Grund, die Rechtslage anders zu beurteilen, weil die Besitzberechtigten Ehegatten sind. Denn die mangelnde Fortsetzung des Besitzrechts gegenüber dem Eigentumserwerber beruht nicht auf einer verbotswidrigen Verfügung über den Gebrauchsüberlassungsanspruch, der der Verfügungsbeschränkung unterliegt. Vielmehr ergibt sich diese Folge allein aus der Tatsache des Eigentumsübergangs. Diese gesetzliche Wirkung, die der wahre Eigentümer herbeiführen kann, muß auch der verfügende Ehegatte erreichen können, da der Ehegatte hinsichtlich des fremden Eigentums keiner Verfügungsbeschränkung unterliegt und hinsichtlich des Anspruchs auf Besitzüberlassung keine rechtsgeschäftliche Verfügung erfolgt. Der Eigentumserwerb kann deshalb nicht in Frage gestellt werden. Was die stärkeren Rechte der Anwartschaft und des Nießbrauchs nicht vermögen, kann erst recht nicht der schuldrechtliche Anspruch.

Ferner kann § 1369 BGB auch nicht bewirken, daß der Gebrauchsüberlassungsanspruch gegen den Eigentumserwerber fortbesteht, wenn § 986 II BGB nicht eingreift. Denn ob dieser Anspruch sich fortsetzt, richtet sich allein nach § 986 II BGB. Die Verfügungsbefugnis über den Anspruch ist dafür völlig unerheblich. Wo aber die Verfügungsbefugnis unbeachtlich ist, kann auch eine Verfügungsbeschränkung keine Wirkung haben.

Eine analoge Anwendung des § 1369 BGB auf die Verfügung eines Ehegatten über geliehene oder gemietete Sachen, die in den ehelichen Haushalt eingefügt sind, kann daher schon wegen der Bedeutungslosigkeit der Verfügungsbefugnis über den Gebrauchsüberlassungsanspruch nicht in Betracht kommen. Im übrigen gelten die genannten Gründe, daß eine Analogie dem Eigentümer und der Familie

196) Die analoge Anwendung des § 986 II BGB auf den Eigentumserwerb nach § 930 BGB wird allgemein bejaht. So Palandt-Hoche, BGB, § 986 Bem. 5a; Soergel-Butteweg, BGB, § 986 Bem. 1; RGRK, 11. Aufl., § 986 Anm. 32; Erman-Peters, 1. Aufl., § 986 Bem. 6.

ungerechtfertigte Vorteile zu Lasten des Erwerbers gewähren würden, die bei einer Veräußerung durch den Eigentümer, der hinsichtlich des Besitzanspruchs ebenfalls nicht Verfügungsbefugt ist, nicht bestünden.

Bärman¹⁹⁷⁾, Beitzke¹⁹⁸⁾ und Berges¹⁹⁹⁾ kommen zu einem anderen Ergebnis, weil sie die geliehenen oder gemieteten Gegenstände als solche als Haushaltsgegenstände ansehen und nicht das Besitzrecht der Ehegatten, das allein einer Verfügungsbeschränkung unterliegen kann. Den hier dargelegten Standpunkt vertreten im Ergebnis Boehmer²⁰⁰⁾, Ziege²⁰¹⁾, Zunft²⁰²⁾, Breetzke²⁰³⁾ und Koeniger²⁰⁴⁾.

197) Bärman, AcP 157, 161.

198) Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1369 Bem. 3.

199) Berges in KTSch 1958, 69.

200) Boehmer, FamRZ 1959, 4 (IV 4).

201) Ziege, NJW 1957, 1580 (III).

202) Zunft, NJW 1958, 130 (I 2b).

203) (Krüger)- Breetzke-(Nowack), GlBG, § 1369 Bem. 2, der geliehene oder gemietete Sachen dem § 1369 BGB nur unterstellt, wenn eine Verfügung über den Anspruch getroffen wird (Kündigung).

204) Koeniger, DRiZ 1959, 374 (II 3).

D r i t t e r A b s c h n i t t :

Die materiellrechtlichen Folgen einer verbotswidrigen Verfügung.

§ 9

Allgemeine Wirkungen der verbotswidrigen Verfügung.
=====

I. Folgen für den Bestand der Rechtsgeschäfte.

Hat der eine Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten eine Verfügung über das Vermögen im ganzen oder über Haushaltsgegenstände getroffen, so ist der schuldrechtliche Vertrag (§§ 1365 I 1, 1369 I BGB) wie auch die sachenrechtliche Verfügung (§§ 1365 I 2, 1369 I BGB) schwebend unwirksam. Es ist weder eine schuldrechtliche Bindung der Parteien noch eine dingliche Rechtsänderung eingetreten. Der Schwebezustand beider Rechtsgeschäfte kann positiv durch Genehmigung seitens des zustimmungsberechtigten Ehegatten oder negativ durch Verweigerung der Genehmigung beseitigt werden. Im ersten Falle erstarkt das Rechtsgeschäft zur vollen Wirksamkeit, während es im zweiten Fall unter der auflösenden Bedingung, daß die Genehmigung nicht durch das Vormundschaftsgericht ersetzt wird, endgültig nichtig wird. Mit der Verweigerung der Zustimmung tritt zwar sofortige Nichtigkeit ein, so daß eine spätere Zustimmung das Rechtsgeschäft nicht mehr heilen kann.¹⁾ Die Nichtigkeit kann aber durch einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1365 II, 1369 II BGB beseitigt werden. Der Beschluß ersetzt gleichzeitig die Zustimmung des anderen Ehegatten und läßt das Rechtsgeschäft rückwirkend gültig werden.

Einseitige Rechtsgeschäfte sind dagegen von Anfang an nichtig, wenn die vorherige Zustimmung des anderen Ehegatten fehlt (§ 1367 BGB). Zu den einseitigen Verfügungen gehören außer der seltenen Dereliktion vor allem die sog. Gestaltungsverfügungen wie Anfech-

1) Vgl. Erman-Finke, GlBG, § 1366 Bem. 5.

tung, Kündigung oder Rücktritt. Der Grund für diese Regelung besteht darin, daß einseitige Rechtsgeschäfte keine Ungewißheit dulden, da sich im Gegensatz zu Verträgen der Geschäftsgegner nicht freiwillig auf das Rechtsgeschäft einläßt.

II. Die Zustimmung und ihre Ersetzung.

Im übrigen bietet die unmittelbare Auslegung der §§ 1365 II, 1369 II, 1366, 1367 BGB keine wesentlichen Schwierigkeiten. Es soll daher auf sie nicht näher eingegangen werden.

Nur am Rande sei erwähnt, daß die Zustimmung des anderen Ehegatten auch zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft entsprechend § 182 II BGB formlos, also auch durch schlüssiges Verhalten erteilt werden kann.²⁾

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts an geringere Voraussetzungen geknüpft ist, als das nach §§ 1379, 1402, 1447 BGB a.F. der Fall war. Für § 1365 BGB ist dabei wichtig, daß das Rechtsgeschäft nur noch den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung "entsprechen" muß, um die grundlos verweigerte Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen zu können.³⁾

Nur der handelnde Ehegatte kann den Antrag stellen, die Zustimmung des anderen Ehegatten zu ersetzen. Er kann sich aber dem Vertragsgegner gegenüber verpflichten, das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht einzuleiten.⁴⁾ Der Dritte kann dann nur auf Erfüllung dieser Verpflichtung klagen. Durch die Rechtskraft des Urteils wird der Antrag des Ehegatten gemäß § 894 ZPO ersetzt, so daß der Kläger das Urteil dem Vormundschaftsgericht vorlegen und das Verfahren in Gang bringen kann.⁵⁾ Dagegen besteht, wenn eine besondere Vereinbarung nicht getroffen ist, für den handelnden Ehegatten keine Verpflichtung, den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung beim

2) Das ist unstreitig; vgl. Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1365 Bem. 3, 10; Reinicke, BB 1957, 565; Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 4 statt vieler. Davon zu unterscheiden ist, daß der Nachweis der Zustimmung für das Verfahren vor dem Grundbuchamt der Form des § 29 GBO bedarf.

3) Näheres in den Kommentaren zum GlBG zu § 1365 BGB und bei Pikalo, RdL 1958, 289.

4) Vgl. Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem.5 u. Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1365 Bem.9.

5) Vgl. Bosch, FamRZ 1959, 241 Note 3; Erman-Finke, GlBG, § 1365 Bem. 5.

Vormundschaftsgericht zu stellen. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem schwebend unwirksamen Vertrag, wenn- gleich dieser bereits gewisse Wirkungen äußert. Bei Genehmigungserfordernissen öffentlicher Behörden folgt allerdings eine der- artige Verpflichtung aus der vorvertraglichen Gebundenheit der Vertragspartei.⁶⁾ Durch den Beschluß des Vormundschaftsgerichts wird jedoch keine behördliche Genehmigung erwirkt, sondern eine privatrechtliche Genehmigung des anderen Ehegatten durch Staats- hoheitsakt ersetzt. Aus dem schwebend unwirksamen Vertrag ergibt sich wohl die Verpflichtung des handelnden Ehegatten, um die Ge- nehmigung des Rechtsgeschäfts bei seinem Ehegatten nachzusuchen, da er alles Erforderliche unternehmen muß, um die Wirksamkeit des Vertrages zu erreichen. Dieser Verpflichtung ist jedoch durch die eheliche Lebensgemeinschaft, die auf gegenseitiger Rücksichtnahme und gegenseitiger Interessenwahrnehmung der Ehegatten aufbaut, eine Grenze gesetzt. Es ist mit der ehelichen Lebensgemeinschaft, die durch §§ 1365, 1369 BGB gerade geschützt werden soll und ab- absoluten Vorrang vor den Interessen des Vertragsgegners hat, nicht vereinbar, wenn dem Ehegatten die gesetzliche Verpflichtung auf- erlegt wird, gegen seinen Ehegatten in einem gerichtlichen Ver- fahren vorzugehen. Der durch die §§ 1365, 1369 BGB beabsichtigte Schutz würde dann mit der Verpflichtung, das Risiko einzugehen, den Ehefrieden durch das gerichtliche Verfahren zu gefährden, in sein Gegenteil umgekehrt werden.

III. Wirkung der §§ 1365, 1369 BGB nur gegenüber dem Ersterwerber.

Lorenz⁷⁾ will die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten auch gegen den Zweiterwerber wirken lassen. Habe der Eigentümer über einen Haushaltsgegenstand verfügt, hinsichtlich dessen der andere Ehegatte Mitbesitz habe, so sei diesem der Besitz abhanden gekom- men, so daß § 935 BGB auch gegen den Zweiterwerber durchgreife. Diese Betrachtungsweise ist mit dem Charakter der §§ 1365, 1369 BGB als Verfügungsbeschränkungen nicht vereinbar. Die Verfügungs-

6) Vgl. z.B. RG in RGZ 103, 106; 108, 94; JW 1931, 3449 für be- hördliche Genehmigungen.

7) Lorenz, JZ 1959, 108 (III 4a).

beschränkungen können nur gegenüber dem Rechtsinhaber bestehen, in dessen Rechtsbeziehung zum Gegenstand eingegriffen wird. Soweit jemand, wie der Ersterwerber, kein Recht an dem Gegenstand der Verfügung innehat, kann die Verfügungsbeschränkung auch nicht wirksam werden. Die Beschränkung ist an eine bestimmte Person gebunden, nach deren Eigenschaft oder Rechtsstellung sich die Verfügungsbeschränkung richtet. Sie kann deshalb ebenso wie z.B. die Geschäftsunfähigkeit nicht auf andere Personen übergehen. Die Rechtsstellung des Ersterwerbers ist deshalb die eines Nichteigentümers, der nicht durch eine Verfügungsbeschränkung beeinträchtigt wird.

Der Mitbesitz des anderen Ehegatten an Haushaltsgegenständen, den Lorenz heranziehen will, kann aber nur im Rahmen der Verfügungsbeschränkung Bedeutung haben, da nur insoweit eine für den Eigentumserwerb beachtliche Rechtsposition des zustimmungsberechtigten Ehegatten besteht. Seine Rechtsposition wird durch die Verfügungsbeschränkung geschaffen und geschützt. Wenn sie durch gutgläubigen Erwerb beeinträchtigt werden kann, greift auch § 935 BGB gegenüber dem Erwerber ein, da für die Beseitigung dieser Rechtsposition kraft guten Glaubens das Veranlassungsprinzip gilt.⁸⁾ Eine Beeinträchtigung der durch die Verfügungsbeschränkung geschaffenen Position des anderen Ehegatten kann bei der subjektiven Gebundenheit der Verfügungsbeschränkung nur durch den Beschränkten selbst erfolgen, da nur er in der Lage ist, die ihm gesetzte Ausübungsschranke zu mißachten.

Verfügt dagegen der Ersterwerber, der ja keiner Verfügungsbeschränkung unterliegt, über den Haushaltsgegenstand, so hat der Mitbesitz des anderen Ehegatten für den Eigentumserwerb desjenigen, der die Sache von ihm erhält, keinerlei Bedeutung. Denn bei dem Übereignungsvorgang, der nicht von der Verfügungsbeschränkung beherrscht wird, ist im Rahmen des § 935 BGB nur die Frage von Bedeutung, ob der Besitz dem Eigentümer oder dessen Besitzmittler abhanden gekommen ist. Der Mitbesitz des anderen Ehegatten ist für eine Übereignung nach §§ 932 ff BGB unerheblich, da der Eigen-

8) Da der gutgläubige Erwerber in § 1369 BGB nicht geschützt wird, läßt sich das nur für §§ 135, 1984, 2211 BGB usw. zeigen, wo im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs § 935 BGB anwendbar ist.

tümer, auf den es ankommt, den Besitz freiwillig aufgegeben hat.

In der Literatur und Rechtsprechung ist es einhellige Meinung, daß eine Verfügungsbeschränkung nicht auch für denjenigen gilt, der den Gegenstand von dem Beschränkten erhalten hat, ohne das Eigentum daran zu erwerben.⁹⁾ Das gilt auch für den von Lorenz zitierten Kommentar von Jaeger-Lent zur Konkursordnung.¹⁰⁾ Zu §§ 1365, 1369 BGB vertreten Massfeller-Reinicke¹¹⁾ und Finke¹²⁾ die Ansicht, daß der Zweiterwerber nach den allgemeinen Vorschriften geschützt werde.^{12a)}

§ 10

Kein Gutglaubensschutz des Dritten.

I. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis allgemein.

Die mehrfach vorausgesetzte Behauptung, der gutgläubige Dritte könne in den Fällen der §§ 1365, 1369 BGB den Verfügungsgegenstand nicht gutgläubig erwerben, bedarf der Begründung.

Das Gesetz nimmt zu der Frage des Schutzes eines gutgläubigen Erwerbers keine Stellung. Da der Schutz ein Ausnahmetatbestand gegenüber der Anordnung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist, läßt sich zunächst daraus der Schluß herleiten, daß der gutgläubige Dritte im Rahmen der §§ 1365, 1369 BGB nicht geschützt ist.

Allerdings gibt es gewisse Generalklauseln, die den Schutz des guten Glaubens für Fälle aussprechen, in denen bestimmte Tatbe-

9) Vgl. zu § 1395 BGB a.F.: Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1404 Bem. 1, § 892 Bem. 5c; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1404 Bem. 4; v. Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1404 Bem. 3; Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1404 Bem. 4. Zu §§ 6, 7 KO vgl. Jaeger-Lent, 8. Aufl., § 7 Anm. 34 mit Nachweisen; zu § 1984 BGB vgl. Palandt-Rechenmacher, 19. Aufl., § 1984 Bem. 2 und RG in JW 1916, 397; zu einer Belastungsbeschränkung nach § 134 BGB vgl. RGZ 156, 89 (93).

10) Jaeger-Lent, KO, 8. Aufl., § 7 Anm. 34.

11) Massfeller-Reinicke, GfBG, § 1368 Bem. 5.

12) Erman-Finke, GfBG, § 1364 Bem. 4.

12a) Ebenso Koeniger, DRiZ 1959, 374 (II 3).

standsmerkmale nicht gegeben sind, die bei einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Verfügung vorliegen müssen, bei denen aber der äußere Anschein das Vertrauen auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale schutzbedürftig macht.

Zu denken ist vor allem an § 135 II BGB. Diese Vorschrift umfaßt jedoch lediglich solche Verfügungsbeschränkungen, die als relative Veräußerungsverbote gekennzeichnet sind; d.h. die Beschränkungen müssen in ihrem Schutzzweck und in ihrer Unwirksamkeitsfolge relativ sein. Andere Verfügungsbeschränkungen, die zwar eine relative, zugunsten bestimmter Personen bestehende Schutztendenz aufweisen, aber eine absolute, gegenüber jedermann geltende Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge haben, fallen nicht unter § 135 BGB. Das beweisen insbesondere § 1404 a.F., § 2211 II, § 1984 I 2 BGB und § 7 I KO. Da diese Verfügungsbeschränkungen die absolute Unwirksamkeit nach sich ziehen und es sich daher nicht um relative Veräußerungsverbote handelt,¹³⁾ konnte und mußte der Gutgläubenschutz besonders geregelt werden. Der Gesetzgeber hat daher nicht auf § 135 II BGB verwiesen. Da die §§ 1365, 1369 BGB ebenfalls keine relativen Veräußerungsverbote enthalten¹⁴⁾, kann § 135 II BGB auf sie keine Anwendung finden. Die herrschende Meinung¹⁵⁾ lehnt daher im Gegensatz zu Frank¹⁶⁾ und Ripfel¹⁷⁾ den Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis der Ehegatten mit dieser Begründung ab.

Es kann Frank nicht zugestimmt werden, der aus dem ersatzlosen Wegfall des § 1404 BGB a.F. die Folgerung herleiten will, daß nunmehr der gute Glaube des Dritten gemäß § 135 II BGB geschützt werde, da § 1404 BGB a.F. eine Sperrklausel gegen § 135 II BGB

13) Das ist für die einzelnen, im Text aufgeführten Verfügungsbeschränkungen zwar nicht ganz unstreitig, aber herrschende Meinung. Größere Meinungsverschiedenheiten bestehen nur zu § 7 I KO. Vgl. im einzelnen die Nachweise in Note 26 zu § 1395 BGB a.F. und in Note 39 (jeweils zum Ersten Abschnitt) zu § 2211 BGB und § 7 I KO.
Zur Begründung, daß diese Bestimmungen keine relativen Veräußerungsverbote darstellen, siehe oben § 2 III mit Note 15.

14) Vgl. oben § 3 I.

15) Die h.M. ist in § 3 I Note 23 zitiert.

16) Frank, NJW 1959, 135.

17) Ripfel, BWNöZ 1959, 56.

enthalten habe. Frank geht dabei von der nicht zu billigenden Voraussetzung aus, daß es sich sowohl bei § 1395 BGB a.F. wie auch bei §§ 1365, 1369 BGB um relative Veräußerungsverbote handele. Tatsächlich haben die Untersuchungen ergeben, daß in beiden Fällen zwar die Schutztendenz relativ, die Unwirksamkeitsfolge aber absolut ist.¹⁸⁾ § 1404 BGB a.F. enthielt deshalb keine Sperrklausel gegen § 135 II BGB, sondern nur einen Klarstellungsvermerk. Es ist daher schon bedenklich, § 1404 BGB a.F. mit § 135 II BGB in Verbindung zu bringen. Erst recht kann aber aus dem Wegfall des § 1404 BGB a.F. keine Folgerung auf den Gutgläubensschutz in §§ 1365, 1369 BGB gezogen werden, da bei diesen Vorschriften eindeutig sein dürfte, daß sie keine relativen Veräußerungsverbote enthalten, die nur vorliegen können, wenn der schuldrechtliche Vertrag wirksam ist.

Die Feststellung, daß § 135 II BGB nicht auf die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten anwendbar ist, entbindet nicht von der Prüfung, ob sonstige Gutgläubensvorschriften analog angewendet werden können. Die bisweilen vertretene Ansicht¹⁹⁾, die §§ 1365, 1369 BGB enthielten ein absolutes Veräußerungsverbot im Sinne des § 134 BGB, das keinen Gutgläubensschutz kennt, wird dem Charakter der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten mit ihrer relativen Schutztendenz nicht gerecht. Die Analogie ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen. Zu denken ist insbesondere an § 221l BGB und § 7 I KO einerseits und § 1404 BGB a.F. andererseits, die ebenso wie §§ 1365, 1369 BGB absolut wirkende Verfügungsbeschränkungen mit relativer Schutztendenz enthalten und deshalb einander vergleichbar sind. Wie die verschiedenartige Ausgestaltung des Gutgläubensschutzes in diesen Bestimmungen zeigt, läßt sich keine Regel dahin aufstellen, daß bei dieser Gattung von Verfügungsbeschränkungen der gutgläubige Erwerber stets zu schützen sei. Vielmehr bewertet das Gesetz die Interessen der Beteiligten in jedem Falle selbständig und gelangt so jeweils zu verschiedenen Ergebnissen.

18) Vgl. oben § 3 I.

19) So Boehmer, Festschrift für Hedemann, S. 43; FamRZ 1959, 5 (V 2) und 6 (VI 2); Berges, KTSch 1958, 68, 69; Hartung, NJW 1959, 1021.

Hier interessiert in erster Linie die Interessenabwägung, die das Gesetz im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes vorgenommen hat, da sich die dortige Situation der Ehefrau am meisten derjenigen der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft annähert. Die Entscheidung war dort durch § 1404 BGB a.F. klar. Das Gesetz hat kraft dieser ausdrücklichen Vorschrift den Schutz desjenigen, der an die Verfügungsbefugnis der Ehefrau über eingebrachtes Gut glaubte, abgelehnt. Obwohl dem Bundesgesetzgeber diese Regelung vorgegeben war, hat er keine Vorschrift geschaffen, die eine andere Interessenbewertung hinsichtlich des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers erkennen läßt. Das spricht allerdings nur in einem gewissen Umfang gegen die Absicht des Gesetzgebers, den Dritten zu schützen. Denn gleichzeitig ist er von der hier abgelehnten Voraussetzung ausgegangen, daß durch die sog. subjektive Theorie ein gewisser Schutz des Dritten bei Verfügungen über das Vermögen im ganzen schon erreicht sei.²⁰⁾ Aber nur insoweit ist die Tendenz des Gesetzgebers nicht eindeutig und spricht mehr für die Anwendung der Vorschriften über den Gutglaubensschutz. Dieser Fall soll deshalb von der Betrachtung zunächst ausgenommen sein.

Soweit es aber die übrigen Fälle betrifft, daß nämlich der Dritte nicht und auch nicht grob fahrlässig weiß, daß sein Vertragsgegner verheiratet ist oder daß er an die Zustimmung des anderen Ehegatten glaubt oder darauf vertraut, daß sein Vertragsgegner nicht im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, ist die Absicht des Gesetzgebers und auch der Wortlaut des Gesetzes klar. Sie verbieten einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers.

Hinzu kommt, daß die Interessenlage der Beteiligten diesem Ergebnis durchaus entspricht, so daß kein begründeter Anlaß besteht, § 2211 BGB und § 7 I KO analog anzuwenden.

Der Geschäftspartner bedarf deshalb keines Schutzes, weil er mit der Verfügungsbeschränkung rechnen kann. Ein Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis rechtfertigt sich nur dann, wenn der Dritte wegen ihrer Ungewöhnlichkeit nicht mit ihr zu rechnen

20) Vgl. Seidl, BTDrucksache, 2. Wahlp., zu 3409 S. 6.

braucht, wie das etwa bei einem Konkurs oder einer Testamentsvollstreckung der Fall ist. Anders ist es aber, wenn die Verfügungsbeschränkung zahlenmäßig so häufig auftritt, daß die weitaus meisten erwachsenen Personen ihr unterliegen. Wer mit einer ehemündigen Person ein Rechtsgeschäft abschließt, muß und kann damit rechnen, daß der Geschäftspartner verheiratet ist, im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt und deshalb den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterworfen ist.²¹⁾ Von dieser Sachlage ist auch der Gesetzgeber des BGB ausgegangen, als er durch § 1404 BGB a.F. den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Ehefrau für unbeachtlich erklärt hat. Die Situation ist im neuen gesetzlichen Güterstand nicht anders. Es fehlt daher an einer schutzwürdigen Rechtsscheinslage.

Andererseits kann der andere Ehegatte den etwaigen Rechtsschein der Verfügungsbefugnis, der sich für den Eigentümer aus der Rechteinhaberschaft ergibt, gerade in den Fällen, in denen er besonders schutzbedürftig ist, nicht vermeiden. Er hat kein sicheres Mittel, die Verfügungsbeschränkung verlautbaren zu lassen. Der Mitbesitz an den der Verfügungsbeschränkung unterliegenden Gegenständen scheint zwar ein solches Mittel zu sein, da dieser im Falle der analogen Anwendung der §§ 932 ff BGB auch den § 935 BGB zur Anwendung bringen würde. Aber der andere Ehegatte hat an dem Gesamtvermögen seines Gatten regelmäßig überhaupt keinen Mitbesitz, abgesehen davon, daß der Mitbesitz gerade bei den wichtigen Grundstücksgeschäften unerheblich und eine Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch nicht möglich ist. Bei Haushaltsgegenständen besteht zwar regelmäßig, aber nicht immer Mitbesitz, vor allem nicht im Falle des Getrenntlebens. Es entspricht aber einem wesentlichen Grundsatz des BGB, daß nur derjenige einen gutgläubigen Erwerb hinnehmen muß, der die Rechtsscheinsituation irgendwie, sei es auch durch Unterlassen, veranlaßt hat.

21) So die Begründung zu § 1376 des Regierungsentwurfs II, BTDrucksache 224, 2. Wahlp.; Kamnitzer-Bohnenberg, GlBG, § 1369 Bem. 1.

II. Guter Glaube daran, daß die Sache gegenständlich nicht von der Verfügungsbeschränkung erfaßt wird.

1. Für § 1369 BGB.

Im Rahmen des § 1369 BGB weisen sich die Gegenstände, die ehelicher Hausrat sind oder sein können, auf Grund ihrer objektiven Beschaffenheit als solche aus. Durch ihre Eigenschaft, generell als Haushaltsgegenstand geeignet zu sein, wird der Erwerber genügend gewarnt und zur Klärung der Frage, ob die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB eingreift, veranlaßt.²²⁾ Er bedarf daher keines besonderen Schutzes.^{22a)}

2. Für § 1365 BGB.

Verfügt der Ehegatte dagegen über einen einzelnen Gegenstand, der sein gesamtes Vermögen ausmacht, so läßt sich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes nichts dafür herleiten, ob das Rechtsgeschäft der Verfügungsbeschränkung unterliegt. Denn die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB ist nicht qualitativer, sondern quantitativer Art. Ob sie eingreift, ergibt sich erst aus einem Vergleich der Vermögenswerte, über die verfügt wird, mit den übrigen, dem Ehegatten verbleibenden Vermögenswerten. Da das Restvermögen nicht Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist, läßt sich das Wertverhältnis aus dem Verfügungsgegenstand selbst nicht erkennen.

Die Interessenlage verschiebt sich hier um einiges zugunsten des Erwerbers, da eine Rechtsscheinslage gegeben ist. Der Rechtschein wird auch nicht durch einen Erfahrungssatz beseitigt, da ein solcher nicht besteht. Aus der Art und dem Wert eines Gegenstandes kann nicht erfahrungsgemäß darauf geschlossen werden, daß er das gesamte Vermögen eines Ehegatten bildet. Insofern ist die Situation auf den ersten Blick anders als bei dem guten Glauben an den Personenstand des Geschäftspartners, wo der Erfahrungssatz besteht, daß bei einer ehemündigen Person die subjektiven Voraus-

²²⁾ So Beitzke, FamRZ 1954, 158.

^{22a)} A.A. Koeniger, DRiZ 1959, 373 (II 2), der auch hier wie zu § 1365 BGB die subjektive Theorie anwenden will.

setzungen der Verfügungsbeschränkungen regelmäßig vorliegen.

Es fragt sich, ob die angeführten Gründe es rechtfertigen, den gutgläubigen Dritten zu schützen, obwohl das Gesetz den Gutgläubensschutz nicht vorsieht. Die Vertreter der subjektiven Theorie zu § 1365 BGB müßten diese Frage bejahen, wenn sie ihre Betrachtung hier einordnen würden; denn ihre Entscheidung geht dahin, den Schutz des Dritten in diesem Falle über die Sicherung des anderen Ehegatten und der Familie zu stellen. Die Vertreter der subjektiven Theorie stellen dabei einseitig die allerdings andersartige Rechtsscheinslage in den Vordergrund ihrer Betrachtung. Wenn aber schon eine Rechtsfolge allein aus der Interessensabwägung gezogen werden soll, obwohl sich aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt für diese Folge ergibt, so müssen die Interessen aller Beteiligten, also auch des anderen Ehegatten berücksichtigt werden. Das wird aber unterlassen.

Das Gesetz hat die Interessen einer Person, die durch eine Verfügungsbeschränkung begünstigt wird, gegenüber dem Vertrauen des Erwerbers auf eine Rechtsscheinslage dann für beachtlich erklärt, wenn der Rechtsschein durch den Geschützten nicht veranlaßt worden ist. Überall, wo der gute Glaube an die Verfügungsbe-fugnis geschützt ist, werden die allgemeinen Vorschriften und damit auch § 935 BGB als entsprechend anwendbar bezeichnet.²³⁾ Das Veranlassungsprinzip oder wie immer man sonst den Grundgedanken des § 935 BGB erfaßt²⁴⁾, gilt somit auch für den Schutz des guten Glaubens an eine Verfügungsbeschränkung. Diesem in § 935 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken der fehlenden Veranlassung des Rechtsscheins, der geringeren Verantwortlichkeit oder der fehlenden Gefahrbeherrschung seitens des anderen Ehegatten würde es widersprechen, wenn der gutgläubige Dritte, der die gegenständlichen Voraussetzungen des § 1365 BGB nicht erkennt, geschützt würde. Denn der zustimmungsberechtigte Ehegatte ist nicht in der Lage, den Rechtsschein zu verhindern oder zu beseitigen, der sich aus der Rechtsinhaberschaft seines Gatten und dessen Besitz ergibt. Er hat an dem Gesamtvermögen seines Ehegatten im Gegensatz

23) Vgl. z.B. §§ 135 II, 2113 II, 2211 II BGB.

24) Zu dem Rechtsgrund des § 935 BGB vgl. Note 176 des zweiten Abschnitts.

zum Hausrat regelmäßig keinen Besitz und insbesondere keinen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes. Der Mitbesitz ist aber das einzige wirksame Mittel, um gemäß § 935 BGB den Rechtsschein zu durchbrechen. Negativ besagt das Veranlassungsprinzip, daß kein gutgläubiger Erwerb stattfinden darf, wenn der durch den Erwerb Beeinträchtigte die Rechtsscheinsituation oder die Gefahr des Rechtsverlusts nicht verhindern kann. Zu dem guten Glauben an den Vertrauenstatbestand muß auf der anderen Seite die Zurechenbarkeit treten²⁵⁾, die bei dem anderen Ehegatten im Falle des § 1365 BGB fehlt.

Bei Verfügungen über Grundstücke gilt das Veranlassungsprinzip zwar unmittelbar nicht, da der Besitz für den Grundstücksverkehr unerheblich ist.²⁶⁾ Aber es besteht der ähnliche Grundsatz, der als Verhinderungsprinzip bezeichnet werden könnte, daß im Liegenschaftsrecht ein gutgläubiger Erwerb nur dann stattfindet, wenn der dadurch Beeinträchtigte die Möglichkeit hat, den Erwerb durch Eintragung eines den guten Glauben ausschließenden Vermerks im Grundbuch zu verhindern. Dieser Grundsatz ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber Gesetz und Rechtsprechung gehen stillschweigend von ihm aus. Die Möglichkeit, einen Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs und vor allem die Verfügungsbeschränkungen, die durch guten Glauben ausgeschlossen werden können, im Grundbuch eintragen zu lassen, sind Ausdruck dieses Gedankens.²⁷⁾ Aus dem Gesichtspunkt des Verhinderungsgrundsatzes hat die Rechtsprechung es für zulässig erachtet, daß die Pfändung eines Erbanteils im Grundbuch vermerkt wird, obwohl kein Pfandrecht an dem einzelnen Grundstück besteht, da sonst der gutgläubige Erwerb

25) Vgl. Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, S. 125.

26) So Westermann, SachR, § 85 I 1. Gegen die Kennzeichnung des Rechtsgrundes des § 892 BGB als Veranlassungsprinzip ferner Enneccerus-Wolff-Raiser, SachR, § 45 II Note 32.

27) Nur Verfügungsbeschränkungen, die durch guten Glauben ausgeschlossen werden können, sind eintragbar. Vgl. die Übersichten bei Enneccerus-Wolff-Raiser, SachR, § 31 Note 2 und Husslein, Welche Verfügungsbeschränkungen gehören ins Grundbuch und welche nicht ?, S. 64 ff.

nicht verhindert werden könnte.²⁸⁾ Ebenso wird demgemäß ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung die Eintragung des sog. Rechtsabhängigkeitsvermerks zugelassen, um sicherzustellen, daß die Rechtskrafterstreckung eines Urteils auf den Rechtsnachfolger des Eigentümers eines streitbefangenen Grundstücks nicht durch guten Glauben gemäß § 325 II ZPO beeinträchtigt wird.²⁹⁾

An einer solchen Möglichkeit, den gutgläubigen Erwerb zu verhindern, fehlt es dem zustimmungsberechtigten Ehegatten im Falle einer Verfügung gemäß § 1365 BGB. Der Rechtsschein des Grundbuchs kann ihm daher nicht zugerechnet werden. Denn die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB ist nicht im Grundbuch eintragbar.³⁰⁾ Da die Eigenschaft eines Grundstücks, das gesamte Vermögen eines Ehegatten zu bilden, sich nach dem Wertverhältnis zu anderen Gegenständen richtet, also nach Umständen, die außerhalb der Sache selbst liegen, kann der einzelne Gegenstand für sich keine entsprechende, beständige Kennzeichnung erfahren. Das Wertverhältnis ist häufigen Schwankungen unterworfen, die aus dem Grundbuch nicht erkennbar sind.

Der von den Vertretern der subjektiven Theorie herangezogene § 419 BGB spricht in diesem Zusammenhang nicht für sie. In den Fällen des § 419 BGB kann der Gläubiger durch Erwerb dinglicher Sicherheiten verhindern, daß seiner Forderung das Haftungssubstrat entzogen wird. Dagegen kann der andere Ehegatte einen gutgläubigen Erwerb durch den Dritten und damit den Verlust der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie nicht vermeiden, wenn er von der beabsichtigten Verfügung keine Kenntnis hat. Vorbeugende Maßnahmen kann er nicht treffen. Außerdem besteht zwischen Ehegatten eine ganz andere psychologische Situation, auf die Lorenz³¹⁾ zu Recht hinweist, so daß vorbeugende Maßnahmen auch nicht zumutbar wären.

28) Vgl. RGZ 90, 232; KG in KGJ 37, A 273; Palandt-Rechenmacher, 19. Aufl., § 2033 Bem. 2; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 859 Bem. 2 B.

29) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 325 Bem. 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 325 Bem. IV 1; Wieczorek, ZPO, II 1, § 325 Bem. D II.

30) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1365 Bem. 8d; Koeniger, DRiZ 1959, 373 (I 4).

31) Lorenz in JZ 1959, 106.

Die Interessenabwägung ergibt also, daß der Rechtsschein dem anderen Ehegatten nicht zuzurechnen ist, weil er den äußeren Anschein weder veranlaßt hat noch ihn verhindern kann. Das Gesetz macht aber den Schutz des gutgläubigen Dritten von der Zurechenbarkeit der Rechtsscheinsituation abhängig. Die Interessen desjenigen, dessen Rechtsposition durch den Gutgläubensschutz untergehen würde, ohne es verhindern zu können, werden höher bewertet als die Erwerbsinteressen des Dritten. Zu dieser allgemeinen Abwägung des Gesetzes kommt hinzu, daß die §§ 1365, 1369 BGB die Sicherung der Familie gegenüber sonstigen Billigkeitserwägungen in den Vordergrund stellen, was sich insbesondere in § 1368 BGB zeigt, wonach selbst der verfügende Ehegatte sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung berufen kann. Der Ausschluß des Gutgläubensschutzes auch für den Fall, daß der Erwerber nicht weiß, daß der Einzelgegenstand das gesamte Vermögen eines Ehegatten bildet, entspricht daher sowohl der Gesetzesfassung wie auch der Interessenlage der Beteiligten.

§ 11

Ansprüche der Ehegatten gemäß §§ 1368, 1369 III BGB.
=====

I. § 1368 BGB als Prozeßstandschaft.

1. §§ 1368, 1369 III BGB bestimmen, daß beide Ehegatten die Rechte, die sich aus einer gemäß §§ 1365, 1369 BGB unwirksamen Verfügung des einen Ehegatten ergeben, geltend machen können. Da § 1368 BGB "auch" den anderen Ehegatten dazu ermächtigt, steht zunächst fest, daß beide Ehegatten den Dritten z.B. auf Herausgabe der Sache oder Grundbuchberichtigung verklagen können, daß sie beim Konkurs des Dritten Aussonderung verlangen und im Falle der Pfändung die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben können. Ferner kommen negative Feststellungsklagen in Betracht³²⁾, wenn z.B. Streit darüber besteht, ob eine Forderung, die das gesamte Vermögen eines Ehegatten ausmacht, wirksam abgetreten ist.

32) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1368 Bem. 1;
Palandt-Lauterbach, BGB, § 1368 Bem. 3.

2. Aus § 1368 BGB ergibt sich jedoch nicht, ob und in welchem Umfange dem klagenden Ehegatten Einwendungen entgegengehalten werden können, die sich aus der Person des handelnden Ehegatten ergeben. Ob derartige Einwendungen nur gegenüber dem zustimmungsberechtigten Ehegatten nicht oder überhaupt nicht durchgreifen, richtet sich in erster Linie danach, ob § 1368 BGB dem geschützten Gatten ein Rückforderungsrecht in eigener Rechtszuständigkeit oder nur eine Prozeßführungsbefugnis über den Anspruch des handelnden Ehegatten einräumt. Schafft § 1368 BGB einen eigenen materiellen Anspruch des zustimmungsberechtigten Ehegatten, so können diesem selbständigen Recht ohnehin keine Einwendungen aus der Person des verfügenden Ehegatten als eines Dritten entgegengehalten werden.

Die Frage nach dem materiellen oder mehr prozessualen Charakter des § 1368 BGB hat ferner Bedeutung für die Leistungsrichtung des Anspruchs. Denn die Empfangsberechtigung richtet sich nach der Rechtsinhaberschaft.

In der Literatur³³⁾ wird überwiegend die Meinung vertreten, § 1368 BGB verleihe dem anderen Ehegatten eine bloße Prozeßführungsbefugnis über das fremde Recht des handelnden Ehegatten (Prozeßstandschaft). Dagegen nimmt z.B. Finke³⁴⁾ ein eigenes Recht des zustimmungsberechtigten Ehegatten an, ohne allerdings weitere Folgerungen daraus zu ziehen. Die herrschende Meinung ist dabei nicht von Widersprüchen frei, da von vielen gelehrt wird, daß der geschützte Ehegatte in jedem Falle Leistung an sich fordern könne, was mit dem Wesen der reinen Prozeßstandschaft nicht vereinbar ist, da es sich um die Verfolgung eines fremden Anspruchs handelt, dessen Leistungsrichtung sich nach der Person des Rechtsinhabers richtet.

a) Der Wortlaut des § 1368 BGB spricht eindeutig dafür, daß der andere Ehegatte das fremde Recht des handelnden Gatten im eigenen Namen geltend macht, ihm also lediglich eine Prozeßführungsbefug-

33) Ausdrücklich Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, § 1368 Bem. 1; Bosch, FamRZ 1959, 241; Boehmer, FamRZ 1959, 5, 6, 81; Ziege, NJW 1957, 1581 (VII); Baur, FamRZ 1958, 257; Schulin, DRiZ 1959, 79; Dölle, FamRZ 1954, 206 Note 4.

34) (Erman)- Finke, GIBG, § 1368 Bem. 1.

nis in Form der Prozeßstandschaft³⁵⁾ eingeräumt wird. Nach § 1368 BGB kann der andere Ehegatte "die sich aus der unwirksamen Verfügung ergebenden Rechte gegen den Dritten gerichtlich geltend machen". Das Gesetz geht von dem Bestehen solcher Rechte aus, wenn es das bloße Geltendmachen gestattet. Das Wort "geltend machen" wird nach der Gesetzessprache nur dann gebraucht, wenn von vorhandenen Ansprüchen die Rede ist.³⁶⁾ Soll ein Anspruch erst geschaffen werden, so bedient sich das Gesetz der Begriffe wie "fordern" oder "verlangen" können oder "berechtigt sein", ferner erklärt es den Schuldner für "verpflichtet" usw. Daß das Gesetz von einem bestehenden Anspruch, dessen prozessuale Verfolgung dem anderen Ehegatten gestattet wird, ausgeht, ergibt sich ferner aus den Worten "die sich aus der Unwirksamkeit ergebenden Rechte". Das Gesetz knüpft also die sich ergebenden Rechte unmittelbar an die Unwirksamkeit der Verfügung. Soweit sich daraus Ansprüche ergeben, kann der andere Ehegatte sie geltend machen; neue Ansprüche werden dagegen nicht geschaffen. Weiterhin ergibt sich aus dem Bindewort "auch" in § 1368 BGB, daß es sich bei den Ansprüchen, die beide Ehegatten geltend machen können, um identische Rechte handelt, da die Rechtspositionen beider Ehegatten durch das Bindewort eine Gleichstellung erfahren.

b) Machen aber beide Ehegatten ein und denselben Anspruch geltend, so kann Anspruchsinhaber nur der handelnde Ehegatte sein, da nur in dessen Person unmittelbar aus der Unwirksamkeit der Verfügung Ansprüche entstehen können. Man könnte zwar daran denken, daß § 1368 BGB einen bestehenden Anspruch des anderen Ehegatten nur umschreibt, den dieser ebenfalls aus der verbotswidrigen Verfügung erwirbt. Ein derartiger Anspruch, der sich mit der Rechtsstellung deckt, die sich aus § 1368 BGB ergibt, steht ihm aber nicht zu. Mangels einer sachlich-rechtlichen Beziehung des anderen Ehegatten zu dem Gegenstand der Verfügung, wie sie noch im frühe-

35) Die Bezeichnung Prozeßstandschaft hat sich seit Kohlers Vorschlag (Jher Jb 24, 319; AcP 97, 8; ZZP 12, 97 ff) für die Prozeßführungsbefugnis über ein fremdes Recht im eigenen Namen allgemein durchgesetzt.

36) Vgl. z.B. §§ 1380 S. 2, 1400 II, 1407 Nr. 3 BGB a.F.; §§ 1428, 1445 Nr. 8 BGB n.F.

ren gesetzlichen Güterstand für den Ehemann bestand³⁷⁾, kommt als Grundlage eines solchen Anspruchs nur eine unerlaubte Handlung durch Verstoß gegen ein Schutzgesetz gemäß §§ 823 II, 1365, 1369 BGB oder ein solcher aus § 826 BGB in Betracht. Der Umfang dieser Schadensersatzansprüche gegen den Dritten deckt sich nicht mit der Rechtsstellung, die dem Ehegatten durch § 1368 BGB gewährt wird. Diese Bestimmung schafft eine weitergehende Rechtsposition, die von einem Verschulden des Dritten unabhängig ist und den Rückforderungsanspruch allein an die Tatsache der Verfügung knüpft.³⁸⁾ Ebenso verhält es sich mit eigenen besitzrechtlichen Ansprüchen des zustimmungsberechtigten Ehegatten aus § 861 oder § 1007 BGB. Sie würden bei einer Verfügung des Ehegatten über sein Vermögen im ganzen nicht zum Zuge kommen, da der andere Ehegatte insoweit regelmäßig keinen Mitbesitz hat.

Sonstige Ansprüche, die geeignet sind, den durch § 1368 BGB beabsichtigten Schutz der Familie zu erreichen, bestehen nur in der Person des handelnden Ehegatten, der aus § 985 und § 812 BGB gegen den Dritten vorgehen kann. Außer dem Wortlaut des § 1368 BGB gebietet daher der weitgehende Sicherungszweck dieser Vorschrift, daß die Rechtsstellung des anderen Ehegatten als Prozeßstandschaft angesehen wird.

II. Ausschluß von Einwendungen.

Das materielle Recht, über das der andere Ehegatte im eigenen Namen Prozesse führt, steht dem handelnden Ehegatten zu. Es fragt sich im Hinblick auf etwaige Einwendungen gegen diesen Anspruch, die sich für den Dritten aus dem Verhalten des Verfügenden ergeben, ob das bloße Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten seinem

37) Ging schon die Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes nach § 1380 BGB a.F. weiter als die Ansprüche aus seinem eigenen Verwaltungs- und Nutzungsrecht (vgl. RGZ 135, 291, 293), so kann in § 1368 BGB erst recht nicht mehr ein eigener Anspruch umschrieben sein, da dem anderen Ehegatten in der Zugewinnsgemeinschaft jegliches Verwaltungsrecht am Vermögen seines Gatten fehlt. Vgl. dazu Boehmer, FamRZ 1959, 82 (III 1).

38) Der Verstoß gegen eine Verfügungsbeschränkung ist von der Frage des Verschuldens losgelöst; vgl. Saueracker, Der Begriff des gesetzlichen Veräußerungsverbotes, S. 44.

Schutzinteresse gerecht werden kann. Das wäre zweifellos nicht der Fall, wenn beiden Ehegatten z.B. der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB entgegengehalten werden könnte. Dann würde ein Rückforderungsrecht in vielen Fällen ausgeschlossen sein, obwohl den anderen Ehegatten kein Vorwurf treffen kann.

1. Eine nähere Betrachtung des Rückforderungsanspruchs des verfügenden Ehegatten ergibt, daß dieser durch das Interesse des anderen Ehegatten an der Rückgabe der Sache eine Gestaltung erfährt, die derartige Einwendungen des Dritten ausschließt. Der Anspruch, der von beiden Ehegatten geltend gemacht werden kann, hat eine doppelte Quelle; einmal das subjektive Recht des Verfügenden, das der Familie wieder zugeführt werden soll, und zum anderen das Schutzinteresse des zustimmungsberechtigten Ehegatten, dem der Rückforderungsanspruch zu dienen bestimmt ist. Es ist ein Wesensmerkmal der Verfügungsbeschränkungen, daß das Interesse des durch sie Geschützten auf das gesamte Rechtsverhältnis, das zwischen dem Verfügenden und dem Dritten besteht, einwirkt und dieses gestaltet. Der Sicherungszweck erreicht nicht nur die Unwirksamkeit der Verfügung, sondern wirkt auch auf den Inhalt der sich daraus ergebenden Ansprüche derart ein, daß Einwendungen ausgeschlossen werden, die den Sicherungszweck vereiteln würden. Daß das Schutzinteresse des anderen Ehegatten unmittelbare Wirkungen auf die schuldrechtliche Beziehung des handelnden Ehegatten zu dem Dritten herbeiführen kann, zeigt das Gesetz selbst in §§ 1365 I, 1369 I BGB, wo nicht nur der Umfang, sondern sogar die Existenz eines schuldrechtlichen Anspruchs durch das Interesse des zustimmungsberechtigten Ehegatten beeinträchtigt wird. Etwaige Bedenken schwinden, wenn beachtet wird, daß die Unwirksamkeit der Verfügung und damit der Rückforderungsanspruch allein im Interesse des anderen Ehegatten, der insoweit auch die Familie repräsentiert, angeordnet ist. Die Belange des anderen Ehegatten können aber dort, wo es für ihn am wichtigsten ist, nicht unberücksichtigt bleiben. Das ungetreue Verhalten des Rechtsinhabers darf sich nicht zu Lasten des anderen Ehegatten auswirken, der an der Verfügung nicht beteiligt ist. Konstruktiv kann dieser Gedanke so erfaßt werden: Das Rechtsverhältnis, das zwischen dem handelnden Ehegatten und dessen Vertragspartner besteht, erfährt eine Durchdringung durch

das rechtlich geschützte Interesse des anderen Ehegatten. Gegenstand der Interessenabwägung bleibt zwar das zweiseitige Rechtsverhältnis zwischen dem verfügenden Ehegatten und dem Dritten; der Maßstab dieser Abwägung wird aber entscheidend bestimmt durch die Rücksichtnahme auf den anderen Ehegatten.³⁹⁾

In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß das Interesse von Personen, die außerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner stehen, bisweilen eine solche anspruchsgestaltende Kraft hat. So kann nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴⁰⁾ derjenige, der gegen ein absolutes Veräußerungsverbot im Sinne des § 134 BGB verstößt, den geleisteten Gegenstand im Interesse der Allgemeinheit herausverlangen, auch wenn ihm sonst eine die Rückforderung ausschließende Einwendung entgegengesetzt werden könnte. Das öffentliche Interesse gestaltet den Rückforderungsanspruch. Derselbe Gedanke liegt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. 12. 1955⁴¹⁾ zugrunde, wenn der Gerichtshof eine Rückforderungsklage des Konkursverwalters für begründet hält, obwohl der Beklagte dem Gemeinschuldner den Einwand sittenwidrigen Verhaltens gemäß § 817 Satz 2 BGB hätte entgegenhalten können. Obwohl der Konkursverwalter das fremde Recht des Gemeinschuldners geltend macht, verstärkt sich dessen Anspruch in seiner Hand im Interesse der Gläubiger so, daß der Einwand aus § 817 Satz 2 BGB ihm gegenüber ausgeschlossen ist. Ferner ist in der Literatur⁴²⁾ bisweilen dargelegt, daß die Belange eines Dritten den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB begründen oder ausschließen können.

Der oben für § 1368 BGB entwickelte Gedanke, daß das Interesse des anderen Ehegatten den Rückforderungsanspruch umzugestalten und Einwendungen auszuschließen vermag, ist somit nicht neu und für andere, ähnlich gelagerte Fälle anerkannt. Dadurch erhält das für

39) So Siebert, Verwirkung..., Seiten 119, 120 für den Einwand aus § 242 BGB.

40) RGZ 129, 357 (382); RGZ 110, 356 ff.

41) BGHZ 19, 338 = BGH LM Nr. 7 zu § 817 BGB mit Anm. von Ascher über den Meinungsstand zu der umstrittenen Frage.

42) Vgl. Siebert, Verwirkung..., Seite 119; Palandt-Danckelmann, BGB, § 242 Bem. 1.

§ 1368 BGB gefundene Ergebnis eine wesentliche Stütze. Boehmer⁴³⁾ läßt die dargestellten Grundsätze außer acht, wenn er meint, dem anderen Ehegatten könnten bei einer Klage aus § 1368 BGB alle Einwendungen entgegengehalten werden, die sich aus dem Rechtsverhältnis des Dritten zu dem verfügenden Ehegatten ergeben. Die Frage nach der Zulässigkeit von Einwendungen kann aber, wie nachgewiesen ist, nicht allein mit dem Hinweis beantwortet werden, daß der andere Ehegatte ein fremdes Recht geltend mache und der Inhalt des Rechts sich ausschließlich nach dem Verhältnis des Dritten zu dem verfügenden Ehegatten richte.

2. Ist somit davon auszugehen, daß dem anderen Ehegatten Einwendungen nicht entgegengehalten werden können, welche sich aus der Person des handelnden Ehegatten ergeben und die Rückforderung vereiteln würden, so bleibt die Frage, ob der Erwerber des Vermögensgegenstandes diese Einwendungen dann erheben kann, wenn der handelnde Ehegatte selbst die Revokationsklage erhebt. Der Ausschluß der Einwendungen könnte sich in diesem Falle nur deshalb rechtfertigen, weil der handelnde Ehegatte mit seiner Rückforderungsklage gleichzeitig rechtlich geschützte Interessen des anderen Ehegatten wahrnimmt, indem er die Folgen der verbotswidrigen Verfügung beseitigt.

Der Gesetzeswortlaut spricht für den Ausschluß der Einwendungen auch dann, wenn der handelnde Ehegatte den Rückforderungsanspruch geltend macht. Indem das Gesetz das Rückforderungsrecht des verfügenden Ehegatten in keiner Weise eingeschränkt, sondern es in § 1368 BGB durch das Wort "auch" der Rückforderungsbefugnis des anderen Ehegatten inhaltlich gleichgestellt hat, hat es das Interesse des Dritten, dem verbotswidrig handelnden Ehegatten die Rückgabe des Gegenstandes zu verweigern, stillschweigend für unbeachtlich erklärt. Die Rechtsethik, die Einwendungen gegenüber dem handelnden Ehegatten zulassen könnte, ist hinter dem Ziel zurückgetreten, einen umfassenden Schutz für den anderen Ehegatten zu gewähren, auch wenn dieser von dem Verfügenden selbst durch-

43) Boehmer, FamRZ 1959, 83 und in Festschrift für Hedemann, Seite 45; einschränkend für den Einwand aus § 817 S. 2 in FamRZ 1959, 6 (VI).

gesetzt wird. Das Gesetz hat damit keine Fehlbewertung vorgenommen, wie Boehmer⁴⁴⁾ und Frank⁴⁵⁾ annehmen müssen, wenn sie gegen den verfügenden Ehegatten den Einwand des venire contra factum proprium zulassen wollen. Denn der generelle Ausschluß von Einwendungen, die einen Rückforderungsanspruch vereiteln würden, entspricht durchaus der Interessenlage der Beteiligten.

Dem Dritten, dem die Einwendungen, die zu einer Klageabweisung führen würden, abgeschnitten sind, entsteht kein wirklicher Nachteil. Es würde ihm nichts nützen, wenn er z.B. auf Grund des Einwandes aus § 242 BGB eine Klageabweisung des verfügenden Ehegatten erreichen könnte. Denn bei der nachfolgenden Klage des anderen Ehegatten könnte er sich nicht auf das treuwidrige Verhalten seines Geschäftspartners berufen und müßte doch zur Herausgabe verurteilt werden.⁴⁶⁾ Er würde also weder eine materielle Besserstellung erreichen noch Kosten sparen.

Demgegenüber besteht ein begründetes wirtschaftliches und rechtliches Interesse der Ehegatten daran, daß auch der verfügende Ehegatte in einem von ihm eingeleiteten Prozeß obsiegt. Würde die Klage abgewiesen, so müßte der andere Ehegatte erneut eine Klage erheben, bei der er obsiegen würde. Die Familiengemeinschaft würde mit Prozeßkosten belastet, ohne daß der Dritte entlastet würde. Von einer vernünftigen Prozeßökonomie kann dabei ebenfalls keine Rede sein.

Ferner ist die Treuwidrigkeit zu beachten, die der handelnde Ehegatte durch die Verfügung gegenüber seinem Ehegatten begeht. Diese wieder gutzumachen ist er rechtlich verpflichtet. Die Verpflichtung ergibt sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) und aus den §§ 1365, 1369 BGB, die mit dem Verbot der Verfügung gleichzeitig das Gebot enthalten, vorgenommene Verfügungen rückgängig zu machen und den früheren Rechtszustand wieder herzustellen. Dem handelnden Ehegatten ist daher der Rechtsschutz

44) Boehmer, FamRZ 1959, 6 (VI 1), 84 (V).

45) Frank, NJW 1959, 136.

46) Das gegen den einen Ehegatten ergangene Urteil hat keine Rechtskraftwirkung gegen den anderen Ehegatten; vgl. unten § 14.

zum Zwecke der Pflichterfüllung zuzubilligen.⁴⁷⁾

Abschließend ist festzustellen, daß Einwendungen, die sich aus dem Verhalten des verbotswidrig verfügenden Ehegatten ergeben und zur Klageabweisung führen würden, gegenüber jedem der Ehegatten ausgeschlossen sind. Der Dritte kann sich daher nicht auf die Einwendungen aus § 814 und § 817 S. 2 BGB oder den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB berufen, auch wenn der verfügende Ehegatte den Rückforderungsanspruch geltend macht.⁴⁸⁾ Da beiden Ehegatten gegenüber diese Einwendungen ausgeschlossen sind, braucht auf die bekannte Streitfrage nicht eingegangen zu werden, ob § 817 S. 2 BGB bzw. § 242 BGB den Rechtsinhalt des Anspruchs selbst erfassen (Innentheorie) oder ob sie lediglich eine sich jeweils nach der Person des Klägers richtende äußere Rechtsbeschränkung dahin schaffen, daß eine Ausübungsschranke gegenüber dem unangetasteten Anspruch besteht (Außentheorie).⁴⁹⁾ Das Ergebnis bleibt hier nach beiden Theorien dasselbe.

3. Das Schutzbedürfnis des anderen Ehegatten kann naturgemäß auf das zwischen dem handelnden Ehegatten und dem Dritten bestehende Rechtsverhältnis nur solange eine Wirkung ausüben, als es selbst noch besteht. Es fällt beispielsweise fort, wenn der andere Ehegatte auf seine Rechte verzichtet oder wenn der Güterstand durch den Tod des anderen Ehegatten aufgehoben wird. In beiden Fällen müßten an sich die Einwendungen des Dritten gegen den Rückforderungsanspruch wieder aufleben, weil der Grund für ihren Ausschluß, der Schutz des anderen Ehegatten, nachträglich weggefallen ist. Das wäre die Konsequenz der bisher angestellten Erwägungen. Wenn diese Folgerung jedoch nicht sichtbar wird, so liegt das allein daran, daß der Verzicht des anderen Ehegatten auf seine Rechte

47) Zu diesem Gedanken vgl. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II 2, Tübingen 1952, S. 24.

48) So für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung Achilles-Greifff-Beitzke, BGB, § 1368 Bem. 5; Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13 II 4.

49) Zu der Streitfrage zu § 242 BGB vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 85 ff und in JW 1937, 2495 mit vielen Nachweisen und Palandt-Danckelmann, 19. Aufl., § 242 Bem. 1.
Zu dem Streit zu § 817 S. 2 BGB vgl. RGZ 99, 161 (165); BGHZ 19, 338; 9, 333 (336); OGHZ 4, 57 (60); ferner die ausführl. Anmerkungen zu den Urteilen des BGH von Ascher in LM § 817 Nr. 7 und Rietschel in LM § 817 Nr. 10 mit weiteren Nachweisen.

und die Auflösung des Güterstandes infolge seines Todes eine noch weitergehende Wirkung haben. Diese besteht in dem vollen Wegfall der Verfügungsbeschränkung. Verzichtet der andere Ehegatte auf die ihm durch die §§ 1365 - 1369 BGB gewährte Rechtsposition, so liegt darin die Einwilligung in Rechtsgeschäfte, die an sich den Beschränkungen dieser Vorschriften unterliegen. Ebenso erlischt durch den Tod des anderen Ehegatten die Verfügungsbeschränkung, weil es dann an einer schutzwürdigen Person fehlt. Denn den Erben stehen keine Rechte zu, die geschützt werden müßten, da sie weder einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns noch auf den Hausrat des überlebenden Ehegatten haben.⁵⁰⁾ Durch den Tod des anderen Ehegatten werden deshalb nach übereinstimmender Ansicht in der Literatur⁵¹⁾ die schwebend unwirksamen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte vollwirksam, ohne daß es einer besonderen Willenserklärung des handelnden Ehegatten bedarf. Da die schwebende Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte allein auf der fehlenden Verfügungsbefugnis beruht, muß mit der Beseitigung dieses Mangels die volle Wirksamkeit eintreten.

Wegen dieser weitergehenden Wirkung, die durch den Wegfall des Schutzbedürfnisses des anderen Ehegatten eintritt, wird die Frage, ob ausgeschlossene Einwendungen mit dem Fortfall der Schutzposition des anderen Ehegatten wieder aufleben, nicht praktisch.

III. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts.

Vermag nun die durch §§ 1365 - 1369 BGB geschaffene Rechtsposition des anderen Ehegatten sogar Einwendungen auszuschließen, welche zur Abweisung der Rückforderungsklage führen würden, so muß diese Wirkung erst recht gegenüber bloßen Einreden eintreten

50) So Massfeller-Reinicke, GIBG, § 1366 Bem. 9; Erman-Finke, GIBG, § 1366 Bem. 4; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1366 Bem. 2; Krüger-Breetzke-Nowack, GIBG, Bem. 4 vor §§ 1365 bis 1369 BGB.

51) Vgl. die Nachweise in Note 50.

können, die nach allgemeiner Ansicht⁵²⁾ den Anspruch selbst unberührt lassen. Aus dem bereits dargelegten Grunde des vorrangigen Schutzes des anderen Ehegatten darf eine Einrede dann nicht erhoben werden können, wenn dadurch der Schutz des anderen Ehegatten vereitelt würde. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, ist im Einzelfall durch Abwägung der Interessen der Beteiligten zu ermitteln.

Praktisch bedeutsam wird die aufgeworfene Frage, wenn der Dritte dem Rückforderungsanspruch der Ehegatten die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB entgegensetzt mit dem Hinweis auf einen Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruch, der ihm aus dem verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäft gegen den handelnden Ehegatten zusteht. Wenn sich dabei zeigt, daß die Einrede dem einen Ehegatten entgegengehalten werden kann und dem anderen nicht, so widerspricht das Ergebnis nicht rechtslogischen Grundsätzen. Zwar verfolgt der zustimmungsberechtigte Ehegatte einen fremden Anspruch; dieser Anspruch ist jedoch in seinem Umfang und hinsichtlich der ihm entgegenstehenden Einreden nicht starr begrenzt. Jedem Anspruch wohnt vielmehr eine gewisse Elastizität inne,⁵³⁾ die es gestattet, die Interessenlage je nach der Person dessen, der das Recht geltend macht, zu berücksichtigen. Das ist in der Literatur sogar für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB anerkannt, der den Anspruch inhaltlich durchdringt. Siebert⁵⁴⁾ und Danckelmann⁵⁵⁾ sprechen dabei von einer Relativität des Anspruchsinhalts. Die höchstrichterliche Rechtsprechung⁵⁶⁾ geht in Bezug auf den Einwand aus § 817 S. 2 BGB ebenfalls davon aus, daß der Einwand je nach der Person dessen, der den Anspruch geltend macht, - z.B. des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters - anders beurteilt werden kann.

Diese Möglichkeit der Differenzierung scheint in der Literatur

52) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, II, § 226 I, § 227 I 4; von Staudinger-Coing, Allg. Teil, 11. Aufl., § 194 Bem. 18 mit Nachweisen.

53) So Herschel in ZAKdR 1940, 76 ff (77).

54) Siebert, Verwirkung..., S. 89.

55) Palandt-Danckelmann, BGB, § 242 Bem. 1.

56) Vgl. die Zitate in Note 49) dieses Abschn.

zum Gleichberechtigungsgesetz nicht genügend beachtet zu sein, da dort entweder ein genereller Ausschluß oder eine generelle Zulassung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts verfochten wird. Die überwiegende Meinung⁵⁷⁾ läßt die Einrede nicht zu, während Bosch⁵⁸⁾ und Boehmer⁵⁹⁾ sie sowohl gegen den verfügenden wie auch gegen den anderen Ehegatten gestatten wollen. Die entscheidende Interessenabwägung zwischen den Beteiligten läßt aber einen Mittelweg als richtig erscheinen.

1. Wird der Rückgewähranspruch des § 1368 BGB von dem zustimmungsberechtigten Ehegatten geltend gemacht, so muß ihm gegenüber die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen sein. Ließe man sie zu, so könnte der durch §§ 1365, 1369 BGB beabsichtigte Schutz häufig nicht erreicht werden. Denn ein Titel, der den Dritten zur Rückgewähr nur Zug um Zug gegen Herausgabe eines anderen Gegenstandes oder gegen Zahlung einer Geldsumme verurteilt, ist für den zustimmungsberechtigten Ehegatten in aller Regel wertlos. Er hätte die Gegenleistung gemäß § 756 ZPO anzubieten, ehe er vollstrecken könnte. Die Gegenleistung zu erbringen, ist ihm aber oft unmöglich, wenn die Leistung, wegen der zurückbehalten wird, in der Übergabe einer Sache oder in der Rückabtretung einer Forderung besteht. Denn diese hat der verfügende Ehegatte allein inne; der andere Gatte hat keine Möglichkeit, sie zu erlangen. Aber auch wenn die anzubietende Gegenleistung in Geld besteht, würde dem anderen Ehegatten zugemutet, aus seinem Vermögen Aufwendungen zu machen, um den vom Gesetz gewollten Schutz durchführen zu können. Auf diesem Wege gelänge man zu einer Haftung des zustimmungsberechtigten Ehegatten für Schulden seines Ehepartners. Eine solche Haftung widerspricht aber dem Wesen der Zugewinnngemeinschaft und kann erst recht nicht aus einer Norm hergeleitet werden, die gerade dem Schutz des anderen Ehegatten dienen soll, wie das in § 1368 BGB der Fall ist.

57) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1368 Bem. 4; Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1368 Bem. 3, 4; Beitzke in FamR, 9. Aufl., § 13 II 4 und Achilles-Greif, BGB, § 1368 Bem. 7; Baur, FamRZ 1958, 252.

58) Bosch, FamRZ 1959, 241 (Urteilsanm.).

59) Boehmer, FamRZ 1959, 6, 81, 84 und in Festschrift für Hedemann, S. 44.

Vielmehr hat das Gesetz das Risiko, das sich aus den Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten ergibt, dem Dritten aufgebürdet, wie sich insbesondere aus der Versagung des Gutgläubensschutzes zeigt. Es ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, weshalb sich diese Grundtendenzen zu Lasten des anderen Ehegatten umkehren soll, wenn dem Dritten ebenfalls Ansprüche aus dem verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäft erwachsen sind, auf deren Entstehung der andere Ehegatte keinen Einfluß hatte.

Das von Boehmer⁶⁰⁾ als erschütternd bezeichnete Ergebnis ist durchaus nicht ungerechtfertigt, wenn man sich die Intensität des durch §§ 1365, 1369 BGB beabsichtigten Schutzes und die Folge für den anderen Ehegatten vor Augen führt, der gerade dann häufig seines Schutzes beraubt würde, wenn ihm eigene Ansprüche aus der Verletzung des Besitzes nicht zustehen. Der Dritte wird dagegen nicht ungerechtfertigt belastet, da er seinen Anspruch nicht verliert. Vor allem aber kann und muß er mit der Verfügungsbeschränkung seines ehemündigen Vertragsgegners rechnen und sich darauf einstellen. Anders als der zustimmungsberechtigte Ehegatte kann er eine Gefährdung seiner Rechtsposition verhindern.

Für den früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung und für die Gütergemeinschaft wurde allgemein angenommen, daß dem Ehemann kein Zurückbehaltungsrecht aus einem Anspruch gegen die Ehefrau entgegengehalten werden konnte.⁶¹⁾ Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Ansicht oder der gegenteiligen Entscheidung des OLG Stettin⁶²⁾ zuzustimmen ist. Denn jedenfalls liegen die Rechtsverhältnisse im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft eindeutig. Im früheren gesetzlichen Güterstand und in der allgemeinen Gütergemeinschaft haftete das eingebrachte Gut bzw. das Gesamtgut für unerlaubte Handlungen der Ehefrau (§§ 1411 ff, 1459 ff BGB a.F.) und auch für Bereicherungen, die sich aus einem Rechtsgeschäft der

60) Boehmer, FamRZ 1959, 83 (IV).

61) Vgl. Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1455 Bem. 1; RGRK (Buchwald), 9. Aufl., § 1455 Bem. 4; Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1455 Bem. 5; v. Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1449 Bem. 4, § 1455 Bem. 2.

62) OLG Stettin in JW 1930, 1013 und Soergel-Siebert, 8. Aufl., § 1449 Beml. 1.

Ehefrau ergaben, das sie ohne Zustimmung des Ehemannes vorgenommen hatte (§§ 1399 II 2, 1455 BGB a.F.). Der Ehemann als Verwalter dieser Gütermassen konnte also wegen der Bereicherung auf Leistung und wegen der unerlaubten Handlungen auf Duldung der Zwangsvollstreckung bzw. auf Leistung verklagt werden (§§ 739, 740 ZPO a.F.). Weil der Ehemann selbst den Gegenanspruch des Dritten aus dem Ehegut erfüllen konnte, war es vielleicht auch gerechtfertigt, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegen ihn zuzulassen. Im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft hat dagegen der zustimmungsberechtigte Ehegatte keine Möglichkeit, den Gegenanspruch des Dritten aus dem Vermögen des handelnden Ehegatten zu erfüllen, da ihm ein solches Verwaltungsrecht nicht zusteht. Ein Zurückbehaltungsrecht muß daher gegen ihn ausscheiden, da ihm sonst Aufwendungen aus seinem eigenen Vermögen zugemutet würden.

2. Anders ist die Rechtslage, wenn der handelnde Ehegatte selbst den Rückforderungsanspruch geltend macht. In diesem Falle erfordert es der Schutz der Familie und des anderen Ehegatten nicht, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche ausgeschlossen wird. Denn der handelnde Ehegatte kann das Ziel des § 1368 BGB, den veräußerten Gegenstand der Familie wieder zuzuführen, auch dann ohne eine unzumutbare Belastung erreichen, wenn die Einrede zugelassen wird. Anders als die Einwendungen der §§ 242, 817 S. 2 BGB führt sie nicht zu einer Klageabweisung, sondern nur zu einer eingeschränkten Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Verschaffung der Leistung, wegen der zurückbehalten wird. Der Kläger kann nicht nur im Prozeß obsiegen, sondern im Gegensatz zu dem anderen Ehegatten auch aus dem Urteil erfolgreich vollstrecken, ohne unzumutbare Aufwendungen machen zu müssen. Ist er doch verpflichtet, die Bereicherung an den Dritten herauszugeben bzw. einen begründeten Schadensersatzanspruch des Dritten zu erfüllen. Wenn der verfügende Ehegatte nur den Willen hat, den Schutz der Familie zu erreichen, ist es ihm trotz der Einrede des Zurückbehaltungsrechts rechtlich möglich und zumutbar.

Das Interesse des anderen Ehegatten kann nur die Kraft haben, dem verfügenden Gatten die rechtliche Möglichkeit zu gewähren,

den veräußerten Gegenstand zurückzverschaffen. Das Ziel wird erreicht, auch wenn die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegen den verfügenden Ehegatten zugelassen wird. Dagegen ergibt die für den Anspruchsinhalt entscheidende Interessenabwägung, daß die Belange des anderen Ehegatten nicht die weitergehende Wirkung haben, daß dem handelnden Ehegatten die tatsächliche Vollstreckungsmöglichkeit erleichtert wird. Der Schutz der Familie und des anderen Ehegatten gebietet nur, daß der verfügende Ehegatte den Anspruch aus § 1368 BGB überhaupt geltend machen kann und daß er nicht mit einer solchen Klage abgewiesen wird, um so die Familie vor der Kostenbelastung zu bewahren. Da aber auch dann, wenn die Einrede zugelassen wird, der Ehegatte mit seiner Klage voll obsiegt, wenn er seinen Antrag entsprechend stellt, fordern weder kostenmäßige noch prozeßökonomische Gesichtspunkte den Ausschluß der Einrede. Allerdings kann der handelnde Ehegatte durch die Verpflichtung, die Leistung, wegen der zurückbehalten wird, anzubieten, tatsächlich gehemmt oder gehindert werden, das Urteil zu vollstrecken. Es würde aber eine übertriebene Perfektion des Schutzes der Familie bedeuten, wenn die Einrede schon deshalb nicht zugelassen würde, um so dem handelnden Ehegatten den Entschluß zur Rechtsverfolgung zu erleichtern. Darin läge eine Begünstigung dieses Gatten, die der Schutz der Familie nicht erfordert. Denn der andere Ehegatte kann, wenn der Dritte nicht freiwillig leistet, selbst Klage erheben und so den Gegenstand zurückverschaffen. Da somit weder die Rückgewähr der Sache vereitelt wird noch besondere Kosten zu Lasten der Familie entstehen,⁶³⁾ besteht kein Grund, die Einrede gegen den verfügenden Ehegatten nicht zuzulassen. Es ist nicht Aufgabe des § 1368 BGB, dem verfügenden Ehegatten außer der rechtlichen Möglichkeit, die veräußerte Sache zurückzuholen, durch den Ausschluß von Einreden einen Anreiz zu verschaffen, den Rückforderungsanspruch zu verfolgen. Der andere Ehegatte ist ohnehin nie sicher, daß durch eine Klage seines Gatten der veräußerte Gegenstand auch tatsächlich zurückverschafft wird. Kann doch der handelnde Ehegatte sich auch weigern, aus einem vorbehaltslosen Titel zu voll-

63) A. A. Erman-Finke, GlBG, § 1368 Bem. 2, weil sonst der Schutz des anderen Ehegatten vereitelt werde.

strecken. Will der andere Ehegatte sicher und schnell die Rückgabe der Sache erreichen, muß er selbst klagen.

IV. Die Empfangsberechtigung.

Klagt der verfügende Ehegatte gemäß §§ 1368, 1369 BGB selbst auf Rückgabe der Sache, so kann er auf Grund seines Eigentums Leistung an sich fordern. Die Annahme der Leistung wird, wie nachgewiesen ist⁶⁴⁾, nicht von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB erfaßt, da sie verpflichtungsgerecht erfolgt.

Macht der zustimmungsberechtigte Ehegatte den Anspruch geltend, so verfolgt er im Wege der Prozeßstandschaft ein fremdes Recht. Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß er nur oder gleichzeitig mit der Klage aus dem fremden Recht eigene Ansprüche aus Verletzung des Mitbesitzes nach §§ 861, 1007 BGB geltend macht. Bei der Klage auf Herausgabe von Hausrat wird häufig der Besitzschutz eingreifen, da an diesen Gegenständen regelmäßig Mitbesitz besteht.⁶⁵⁾ Auf Grund des Mitbesitzes kann der andere Ehegatte Wiederherstellung des früheren Zustandes, also Einräumung des Mitbesitzes und Leistung an beide Ehegatten verlangen, da nur in dieser Form des Mitbesitzes mit dem Ehegatten und nicht mit dem Dritten die frühere Berechtigungslage wiederhergestellt wird.⁶⁶⁾ Ferner wird man mit der überwiegenden Meinung in der Literatur⁶⁷⁾ die Klage des Mitbesitzers auf Einräumung des Alleinbesitzes dann zulassen müssen, wenn der verfügende Ehegatte seinen Mitbesitz nicht mehr übernehmen will. Die entsprechende Anwendung des § 869 S. 2 BGB erscheint

64) Vgl. oben § 7 I zu Note 136.

65) Zu den Besitzschutzansprüchen vgl. Boehmer, FamRZ 1959, 81 ff (bes. III) und Kremer, Besitz- und Besitzberechtigung, S. 39 - 42.

66) Vgl. v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 862 Bem. 18; Wolff-Raiser, SachR., § 21 I 1.

67) Z.B. Wolff-Raiser, SachR., § 21 I 2; v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 866 Bem. 8; Westermann, SachR., § 25 I 3; Planck-Brodmann, 5. Aufl., § 866 Bem. 3; Kremer, Besitz- und Besitzberechtigung, S. 40 mit weiteren Nachweisen in Note 5. A.A. RG in "Das Recht" 1924 Nr. 985; RGRK (Kriegel), § 866 Anm. 5; Palandt-Hoche, § 866 Bem. 2; Soergel-Butteweg, § 866 Bem. 5.

geboten, weil der Mitbesitzer nicht schlechter gestellt sein darf als der mittelbare Besitzer, der nicht die tatsächliche Gewalt innehatte.

Von besitzrechtlichen Vorstellungen muß man sich freimachen, wenn für § 1368 BGB die Frage beantwortet werden soll, ob der zustimmungsberechtigte Ehegatte Leistung an sich oder an den verfügenden Ehegatten verlangen kann. Denn § 1368 BGB soll ja gerade dann eingreifen, wenn der Besitzschutz versagt, wie das z.B. regelmäßig im Rahmen des § 1365 BGB der Fall ist. Da § 1368 BGB dem anderen Ehegatten lediglich ein Prozeßführungsrecht über einen fremden Anspruch und kein eigenes materielles Recht gewährt, richtet sich die Empfangsberechtigung nach dem fremden Anspruch. Die Leistungsrichtung ist unmittelbarer Inhalt des Anspruchs selbst. Danach kann der andere Ehegatte grundsätzlich nur Leistung an den Eigentümer-Ehegatten verlangen, da diesem der Anspruch zusteht. In der Literatur⁶⁸⁾ wird vielfach die gegenteilige Ansicht dahin vertreten, der andere Ehegatte könne in jedem Falle Leistung an sich verlangen. Diese Meinung läßt sich mit dem Wesen der Prozeßstandschaft nicht vereinbaren, sie wird daher zu Recht von vielen Autoren⁶⁹⁾ nicht geteilt. Gewährt man dem zustimmungsberechtigten Ehegatten generell eine Klage auf Leistung an sich, so kann dieser Antrag nur auf zwei Begründungen gestützt werden. Entweder spricht man dem anderen Ehegatten ein eigenes materielles Recht zu oder man muß annehmen, das Interesse des anderen Ehegatten durchdringe und gestalte den fremden Anspruch derartig, daß dieser auf Leistung an ihn gerichtet sei. Beides ist aber dann nicht der Fall, wenn der verfügende Ehegatte zur Annahme der Sache bereit ist. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich dann ein eigener materieller Anspruch des zustimmungsberechtigten Ehegatten herleiten lassen sollte, der sich mit dem Inhalt des § 1368 BGB deckt. Ferner besteht

68) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1368 Bem. 2; Palandt-Lauterbach, § 1368 Bem. 3; Beitzke, FamR, § 13 II 4 und in Achilles-Greif, § 1368 Bem. 7; Knur, DNotZ 1957, 469; Zunft, NJW 1958, 131.

69) Leistung an den Eigentümer-Ehegatten fordern, solange dieser zur Entgegennahme bereit ist: Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1368 Bem. 1; Erman-Finke, GlBG, § 1368 Bem. 2; Dölle, FamRZ 1954, 206 Note 4; Ziege, NJW 1957, 1581; Schulin; DRiZ 1959, 79; Koeniger, DRiZ 1959, 375 (IV).

auch dann kein Interesse dieses Ehegatten auf Leistung an sich, da seine Belange durch die Leistung an den verfügenden Ehegatten gewahrt werden.

Anders wird die Rechts- und Interessenlage erst dann, wenn der verfügende Ehegatte die Entgegennahme der Leistung verweigert, ein allerdings seltener Ausnahmefall. Der andere Ehegatte muß dann Leistung an sich verlangen können, um seinen und der Familie Schutz durchzusetzen. Diese Folge ist mit dem Wesen der Prozeßstandschaft durchaus vereinbar, aber nur und erst weil der Ehegatte die Annahme der Leistung abgelehnt hat. Durch die Klage auf Leistung an sich greift der andere Ehegatte derartig in die Rechte des verfügenden Gatten und des Dritten ein, wie es die Prozeßstandschaft als solche nicht rechtfertigt. Denn er verfügt durch die Annahme der Leistung über den Anspruch seines Ehegatten, obwohl ihm insoweit keine Verfügungsbefugnis zusteht. Die Prozeßstandschaft gewährt ihm diese Befugnis nicht.

Der Eingriff des anderen Ehegatten in die Rechte des handelnden Ehegatten rechtfertigt sich deshalb, weil sich der handelnde Gatte durch die Weigerung, den Gegenstand entgegenzunehmen oder der Annahme durch den anderen Ehegatten zuzustimmen, eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 I BGB) schuldig macht und seine Weigerung als eine unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist. Aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft folgt, daß der Ehegatte alles ihm Zumutbare tun muß, um ein geordnetes und einträchtiges Zusammenleben der Eheleute zu erreichen. Wenn er schon durch sein Verhalten gegen eine Rechtsnorm verstößt, die - wie §§ 1365 bis 1369 BGB - den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe bezwecken, so ist er aus dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gehalten, bei der Beseitigung der Folgen dieses Verstoßes mitzuwirken. Der handelnde Ehegatte muß daher im Falle der Rückforderung des veräußerten Gegenstandes die Sache annehmen oder der Annahme durch den anderen Ehegatten zustimmen. Die Weigerung ist als unzulässige Rechtsausübung mit der Folge zu bewerten, daß der verfügende Ehegatte sich so behandeln lassen muß, als ob er der Leistung an den anderen Ehegatten zugestimmt hätte.

Der Wechsel in der Empfangsberechtigung ist auch von dem Dritten zu beachten, der zur Herausgabe verpflichtet ist. Das gebietet der Schutz des anderen Ehegatten, der sonst nicht durchgeführt werden könnte und dem das Gesetz im Rahmen des §§ 1365 bis 1369 BGB einen eindeutigen Vorrang eingeräumt hat. Andererseits kann es dem Dritten gleichgültig sein, an wen er leistet, wenn die Leistung nur schuldbefreiend wirkt. Seine Belange werden durch den Wechsel in der Empfangsberechtigung nicht berührt; das Interesse des anderen Ehegatten, Leistung an sich fordern zu können, überwiegt daher eindeutig.

Konstruktiv kann das Ergebnis wiederum so erfaßt werden, daß die Schutzposition des anderen Ehegatten es vermag, den Rückforderungsanspruch des handelnden Ehegatten inhaltlich zu verändern. Ebenso wie die Prozeßführungsbefugnis, die eigentlich nur dem handelnden Ehegatten als Anspruchsinhaber zusteht, zum Zwecke des Schutzes des anderen Ehegatten vervielfältigt worden ist (§ 1368 BGB), kann das Schutzinteresse des anderen Ehegatten auf den Inhalt des materiellen Anspruchs einwirken.

Der Wechsel in der Empfangsberechtigung ist aber abhängig von der Tatsache, daß der Eigentümer-Ehegatte die Annahme der Leistung verweigert. Die bloße Möglichkeit, daß der Ehegatte vielleicht die Annahme ablehnen könnte, begründet weder eine Pflichtverletzung des handelnden Ehegatten noch ein berechtigtes Interesse des anderen Ehegatten auf Leistung an sich. Es ist daher nicht gerechtfertigt, generell eine Klage des anderen Ehegatten mit dem Antrage zuzulassen, den Dritten zur Leistung an den anderen Ehegatten zu verpflichten. Auf entfernte Möglichkeiten läßt sich die Beschränkung der Rechte des handelnden Ehegatten nicht stützen. Es müssen vielmehr konkrete Nachweise für die Weigerung vorliegen.

Diese Grundgedanken finden sich in ähnlicher Weise in §§ 986 I 2, 869 S. 2 BGB, die im Wege der Rechtsanalogie zur Bestätigung der Lösung herangezogen werden können. Nach diesen Bestimmungen kann der Anspruchsberechtigte, der nicht unmittelbarer Besitzer der Sache war, ebenfalls erst dann Leistung an sich fordern, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Weigerung des früheren unmittelbaren Besitzers vorliegen, den Besitz zu übernehmen. Die bloße Mög-

lichkeit der Weigerung reicht hier ebenfalls nicht aus, um dem Rückforderungsberechtigten einen Anspruch auf Leistung an sich zu gewähren.

Da der Inhalt des Anspruchs, den der zustimmungsberechtigte Ehegatte geltend macht, erst mit der tatsächlichen Weigerung des verfügenden Ehegatten umgestaltet wird, handelt es sich hinsichtlich der Leistung an sich selbst um einen künftigen Anspruch, solange die Weigerung noch nicht erklärt ist. Der andere Ehegatte kann daher nur unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO Klage auf diese künftige Leistung erheben. Die Situation ist ähnlich wie bei der Klage nach § 283 BGB, wo der Gläubiger ebenfalls zunächst nur auf Leistung klagen und den später entstehenden Schadensersatzanspruch nicht bereits hilfsweise mit der Erfüllungsklage verbinden kann, wenn die Voraussetzungen des § 259 ZPO nicht gegeben sind.⁷⁰⁾ Besteht die Befürchtung, daß sich der Schuldner der künftigen Leistung an den zustimmungsberechtigten Ehegatten entziehen wird (§ 259 ZPO), so steht einer Verbindung der Anträge auf Leistung an den verfügenden Ehegatten und der hilfsweisen Leistung an den Kläger für den Fall der Annahmeverweigerung seitens des verfügenden Ehegatten nichts im Wege. Ein derartiger unechter Hilfsantrag ist zulässig, da beide Anträge unbedingt gestellt werden und nur der eine Anspruch selbst bedingt ist.⁷¹⁾

70) So zu § 283 BGB Schönke, Lehrb. des Zivilpr., 8. Aufl.(1956), § 50 II 2 b; Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl., § 260 Bem. 2 D; Palandt-Danckelmann, 19. Aufl., § 283 Bem. 3 a; Erman-Groepper, 2. Aufl., § 283 Bem. 5; RGZ 85, 395 (betr. Mängelbeseitigungsanspruch und Wandlungsbegehren beim Werkvertrag).

71) Unechte evtl. Klagehäufung wird allgemein zugelassen; vgl. außer den in Note 70 genannten Verfassern: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 260 II B 2; v. Staudinger-Berg, 11. Aufl., § 985 Rd. Bem. 3; RGRK, 11. Aufl., § 985 Rd. Bem. 45.

§ 12

Sonstige Ansprüche der Beteiligten.

=====

I. Ansprüche des zustimmungsberechtigten Ehegatten.

Dem verfügenden Ehegatten stehen gegen seinen Vertragsgegner andere Ansprüche als die der §§ 1368, 1369 BGB nicht zu.

Dagegen kann für den anderen Ehegatten außer eigenen besitzrechtlichen Ansprüchen und außer der Prozeßführungsbefugnis der §§ 1368, 1369 III BGB ein unmittelbarer Anspruch gegen den Dritten gemäß § 1390 BGB entstehen, wenn dieser den Gegenstand der Verfügung unentgeltlich oder in einer ihm bekannten Benachteiligungsabsicht erlangt hat. Bei diesem Anspruch aus § 1390 BGB handelt es sich um eine gesetzliche Haftung, die ähnlich wie in § 419 BGB und § 2329 BGB den Erwerber von Vermögensgegenständen deshalb trifft, weil dem anderen Ehegatten die Haftungssubstanz für seine Ausgleichsforderung, nämlich das Vermögen des verfügenden Gatten, ganz oder teilweise entzogen ist. Der Anspruch bleibt daher dem Grunde nach derselbe, ob er sich gegen den Ehegatten auf Leistung oder gegen den Dritten auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die erworbenen Gegenstände richtet.⁷²⁾

Fraglich erscheint, ob das Gleichberechtigungsgesetz damit eine abschließende Regelung für Ansprüche des zustimmungsberechtigten Ehegatten getroffen hat oder ob aus einer verbotswidrigen Verfügung weitergehende Schadensersatzansprüche gegen den verfügenden Ehegatten oder den Dritten bestehen können.

1. Bei Verfügungen über Gegenstände des ehelichen Haushalts.

Die Frage hat bei verbotswidrigen Verfügungen über Haushaltsgegenstände keine praktische Bedeutung, da dem anderen Ehegatten durch die Verfügung lediglich die Benutzungsmöglichkeit an dem Gegenstand verlorenght und nicht gleichzeitig ein dingliches Recht

72) So Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1390 Bem. 9.

oder ein sonstiges Vermögensrecht verletzt wird. Sichert doch § 1369 BGB im Gegensatz zu § 1365 BGB nicht den künftigen Anspruch des anderen Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns. Den Verlust der Nutzungsmöglichkeit kann der andere Ehegatte durch eine Klage nach §§ 1369 III, 1368 BGB rückgängig machen. Außerdem hat er an Haushaltsgegenständen regelmäßig Mitbesitz, so daß er aus dessen Verletzung Ansprüche geltend machen kann. Ferner steht ihm häufig gegen seinen Ehegatten ein Anspruch auf Wiederbeschaffung von notwendigem Hausrat zu, der sich ebenso wie der Anspruch auf Erstan-schaffung aus der Verpflichtung seines Ehegatten zur Unterhaltsleistung oder zur ehelichen Lebensgemeinschaft herleiten läßt.⁷³⁾

Hinzu kommt schließlich, daß dem anderen Ehegatten durch den Verlust der Benutzungsmöglichkeit allein ein Vermögensschaden überhaupt nicht entstehen dürfte. Das Vermögen des anderen Ehegatten wird in seiner Substanz nicht verletzt, wenn er statt in dem veräußerten Sessel nunmehr auf einem Stuhl sitzen muß oder statt über den Teppich nunmehr über den unbelegten Fußboden gehen muß. Dem anderen Ehegatten entstehen dadurch lediglich Unannehmlichkeiten, ohne daß in seine Vermögenssubstanz eingegriffen wird. Die bloße Benutzungsmöglichkeit allein, die § 1369 BGB schützt, wird nicht als ein Vermögensrecht des anderen Ehegatten angesehen werden können, dessen Verletzung zum Schadensersatz verpflichten würde. Um von einem Vermögenswert sprechen zu können, muß wenigstens ein Anspruch auf Erhaltung der Benutzungsmöglichkeit bestehen. Ein solcher ergibt sich aber nicht bereits aus § 1369 BGB; er kann sich dagegen aus der Verpflichtung zur Unterhaltsleistung und zur Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft herleiten. Die Verletzung des dem § 1369 BGB innewohnenden Verbotes, ohne Zustimmung des anderen Ehegatten über Haushaltsgegenstände zu verfügen, begründet daher für sich allein wohl keinen Schadensersatzanspruch.

2. Bei einer Verfügung entgegen § 1365 BGB.

Bei einer solchen Verfügung kann der andere Ehegatte dagegen in seinen Rechten beeinträchtigt werden. Sein künftiger Anspruch

73) Im einzelnen siehe dazu oben Note 121 zu § 6 des Zweiten Abschnitts.

auf Ausgleich des Zugewinns kann ganz oder teilweise nicht entstehen, da sich dieser Anspruch gemäß § 1378 II BGB auf das vorhandene Reinvermögen des verpflichteten Ehegatten beschränkt. Die Frage nach einer Schadensersatzpflicht stellt sich hier, weil § 1365 BGB u.a. die Sicherung des Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten bezweckt.

Eine unmittelbare Verletzung der Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten kann durch eine verbotswidrige Verfügung allerdings nicht erfolgen. Denn die Ausgleichsforderung entsteht erst mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und dann sofort in der auf das vorhandene Vermögen begrenzten Höhe (§ 1378 II BGB). Dieser Anspruch wird, da er im Zeitpunkt der Verfügung noch nicht besteht, nicht beeinträchtigt. Durch die verbotswidrige Verfügung kann jedoch die Entstehung der Ausgleichsforderung ganz oder teilweise verhindert werden, weil sie sich nach der Wertdifferenz von End- und Anfangsvermögen richtet und das Endvermögen durch verbotswidrige Verfügungen geschmälert werden kann. Es stellt sich nun die Frage, ob der künftige Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten bereits während des Bestehens des gesetzlichen Güterstandes vom Gesetz derartig gesichert wird, daß rechtsgeschäftliche Verfügungen, welche seine Entstehung ganz oder teilweise verhindern, den handelnden Ehegatten zum Schadensersatz verpflichten.

Zu denken ist an eine Ersatzpflicht nach § 823 II BGB in Verbindung mit §§ 1365, 1369 BGB oder nach § 826 BGB. Dabei erfüllen die §§ 1365, 1369 BGB eine wesentliche Voraussetzung, die an ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB zu stellen ist. Entsteht nämlich infolge der verbotswidrigen Verfügung der Anspruch auf Zugewinnausgleich nicht, so tritt der Schaden gerade an dem Rechtsgut ein, das durch die Vorschrift geschützt werden soll, und ferner gerade durch die Gefahr, welche durch diese Bestimmungen verhindert werden soll, nämlich durch eine verbotswidrige Verfügung.⁷⁴⁾

a) Dennoch kann eine durch §§ 1365, 1369 BGB untersagte Verfü-

74) Vgl. zu diesen Voraussetzungen des § 823 II BGB: BGH in MDR 1959, 206; BGHZ 19, 114, 126 sowie Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., § 235 IV.

gung den handelnden Ehegatten nicht zum Schadensersatz verpflichten. Das ergibt sich aus dem Gleichberechtigungsgesetz eindeutig. Dabei ist zu beachten, daß ein Schadensersatzanspruch nur bei solchen Verfügungen in Betracht kommen kann, die den Wert des Vermögens des handelnden Ehegatten tatsächlich mindern. Es handelt sich also im wesentlichen um die in §§ 1375 II, 1390 BGB genannten Fälle von unentgeltlichen, verschwenderischen und in Benachteiligungsabsicht vorgenommenen Verfügungen. Diese Verfügungen werden aber gemäß § 1375 II BGB bereits bei der Berechnung des Zugewinns berücksichtigt und dem Endvermögen hinzugerechnet. Dem anderen Ehegatten entsteht deshalb durch solche Rechtsgeschäfte nur dann ein Schaden, wenn das Endvermögen des handelnden Ehegatten nicht ausreicht, um aus ihm den Zugewinnanspruch des anderen Ehegatten zu erfüllen. Da sich die Ausgleichsforderung dann in ihrer Höhe gemäß § 1378 II BGB auf das vorhandene Vermögen beschränkt, entsteht ein Ausfall. Dieser ist jedoch nach dem Zweck des § 1378 II BGB ein endgültiger. Er kann nicht dadurch ausgeglichen werden, daß dem anderen Ehegatten ein Schadensersatzanspruch gegen den handelnden Ehegatten zugestanden wird, den jener noch nach Beendigung des gesetzlichen Güterstandes mit Erfolg geltend machen könnte, wenn der handelnde Ehegatte wieder Vermögen erwirbt. Denn in § 1378 II BGB ist bewußt die Ausgleichsforderung des Ehegatten auf den Wert des vorhandenen Vermögens des verpflichteten Ehegatten beschränkt worden. Dadurch hat das Gesetz der Ausgleichsforderung den Charakter eines Billigkeitsanspruchs beigelegt, der sich nach der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und nicht allein nach der Berechtigung des Gläubigers richtet. Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, daß er ungeachtet des Verhaltens des verfügenden Ehegatten den Ausgleichsanspruch auf den Wert des vorhandenen Vermögens begrenzt wissen will. Er hat ausdrücklich in § 1375 II BGB benachteiligende Verfügungen des ausgleichspflichtigen Ehegatten nur bei der Berechnung des Zugewinns berücksichtigt. Dagegen hat er die naheliegende Folgerung, bei solchen Verfügungen den Ausgleichsanspruch nicht auf den Wert des Vermögens des Ehegatten zu beschränken, in § 1378 II BGB gerade nicht gezogen. In dem Wert des vorhandenen Vermögens muß daher der Ausgleichsanspruch in jedem Falle seine Begrenzung finden. Diese Interessenabwägung des Ge-

setzes würde mißachtet, wenn man dem anderen Ehegatten Schadensersatzansprüche, die sich ja nicht nach dem vorhandenen Vermögen des Ehegatten richten, zugestehen würde.

b) Die für den anderen Ehegatten aufgezeigten Grundsätze, nach denen ein Schadensersatzanspruch gegen ihn bei verbotswidrigen Verfügungen nach § 1365 BGB ausgeschlossen sein muß, gelten für den Dritten nicht in gleicher Weise. Der Gesichtspunkt der persönlichen Beziehungen, der bei den Ansprüchen der Ehegatten gegeneinander von Bedeutung ist, greift ihm gegenüber nicht ein. Aus dem Gesetz ist daher nicht ersichtlich, daß Schadensersatzansprüche des anderen Ehegatten wegen Verminderung des Ausgleichsanspruchs gegenüber dem Dritten ausgeschlossen sind. Im Gegenteil zeigt § 1390 BGB, daß^{er} bei einer Minderung des Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten wegen des Ausfalls in bestimmter Weise in Anspruch genommen werden kann, obwohl den verfügenden Ehegatten eine Haftung nicht trifft. Die Inanspruchnahme des Dritten ist weiterhin möglich. Nur dem handelnden Ehegatten soll somit nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers die Rechtswohltat des § 1378 II BGB zugute kommen. Als Grund für diese Regelung wird der Gedanke maßgebend gewesen sein, daß die Ehegatten entsprechend dem Wesen der Zugewinnsgemeinschaft den während der Ehe entstehenden Gewinn und auch Verlust im Innenverhältnis gemeinsam tragen sollen. Davon bleibt das Außenverhältnis gegenüber dem Dritten unberührt.

Anders als bei § 1369 BGB wird im Falle einer Verfügung nach § 1365 BGB ein echter Vermögenswert des anderen Ehegatten verletzt, wenn sich der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns gegen den verpflichteten Ehegatten infolge der Verfügung nicht durchsetzen läßt. Denn der Ausgleichsanspruch ist ein echtes Vermögensrecht, da er auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des Vermögens kann daher bestehen. Er ist gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB vorliegen.^{74a)} Er wird ebenso nach § 823 II BGB

74a) So Massfeller-Reinicks, GlBG, § 1390 Bem. 2;
RGRK (Koeniger), BGB, 11. Aufl., § 1390 Anm. 18.

in Verbindung mit § 1365 BGB begründet sein, da diese Vorschrift der Sicherung des Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten dient und als ein Schutzgesetz zugunsten des anderen Ehegatten anzusehen ist.

II. Ansprüche des Vertragsgegners.

1. Rückgewähransprüche.

Mangels eines wirksamen Verpflichtungsgeschäfts hat der Vertragsgegner des Ehegatten keinen Anspruch auf Erfüllung; er ist aus demselben Grunde seinerseits zur Erfüllung nicht verpflichtet.

Hinsichtlich einer von ihm bereits erbrachten Leistung hat er einen Rückgewähranspruch gegen den handelnden Ehegatten nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB). Ein Herausgabeanspruch aus Eigentum kommt dagegen selten in Betracht, da die Ubereignung wegen der abstrakten Natur der Verfügung regelmäßig wirksam ist. Nur die Verfügung des Ehegatten, nicht aber diejenige über die Gegenleistung wird von der Unwirksamkeitsfolge der §§ 1365 I, 1369 I BGB erfaßt.

Der Bereicherungsanspruch wird nicht durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, da weder der Vertragsgegner noch der handelnde Ehegatte durch die Annahme dieser Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Die Verbotsnormen der §§ 1365, 1369 BGB beziehen sich nur auf die Verfügung des Ehegatten und nicht auf die Gegenleistung des Dritten.

Der Bereicherungsanspruch wird nur in seltenen Fällen durch § 814 BGB ausgeschlossen sein. Die Kenntnis von der fehlenden Verpflichtung zur Leistung kann nicht schon ohne weiteres aus dem Kennen der tatsächlichen Umstände hergeleitet werden, vielmehr ist ein konkretes Wissen um die Rechtslage erforderlich. Vor allem aber ist § 814 BGB dann nicht anwendbar, wenn der Dritte zwar die schwebende Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts gekannt hat, aber die Leistung im Hinblick auf die zu erwartende Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den anderen Ehegatten erbracht hat. Dann hat der Dritte die Leistung nicht in Kenntnis der Nichtschuld,

sondern im Gegenteil in Erwartung des Entstehens der Verbindlichkeit erbracht. In einem solchen Falle liegt keine *condictio indebiti*, sondern ein Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des Erfolges (*condictio causa data non secuta*) vor, auf den § 814 BGB nicht anwendbar ist.⁷⁵⁾ § 814 BGB schließt den Bereicherungsanspruch des Dritten somit nur für die Fälle aus, in denen dieser seine Leistung erbracht hat, obwohl er die Verweigerung der Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den anderen Ehegatten und damit die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts kannte⁷⁶⁾ oder wenn er die Leistung erkennbar auch für den Fall bewirken wollte, daß die Genehmigung des Rechtsgeschäfts verweigert würde.⁷⁷⁾

2. Schadensersatzansprüche des Dritten.

a) Schadensersatzansprüche des Dritten - die nur gegen den handelnden Ehegatten in Betracht kommen -, sind nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil sie mit einem verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäft der §§ 1365, 1369 BGB in Zusammenhang stehen. Es liegt kein Anlaß vor, diese Ersatzansprüche anders zu behandeln als sonstige Schadensersatzforderungen, zu deren Erfüllung stets in das Vermögen des schädigenden Ehegatten vollstreckt werden kann. Der Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB erfordert nicht den Ausschluß solcher Ansprüche. Diese Bestimmungen sollen nur ganz bestimmte rechtsgeschäftliche Verfügungen verhindern, nicht aber jegliche Verminderung der Vermögenssubstanz eines Ehegatten. Für gesetzliche Ansprüche aus unerlaubter Handlung ist das zweifelsfrei, da bei ihnen der rechtliche Zusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung fehlt. Sie konnten deshalb sogar im früheren gesetzlichen Güterstand gemäß § 1411 ff BGB a.F. gegen

75) Vgl. Palandt-Gramm, 19. Aufl., § 814 Bem. 1, 2e;
RGRK (Scheffler), 10. Aufl. (1953), § 814 Anm. 1;
RGZ 71, 317; OLG Frankfurt in "Das Recht" 1906, Nr.
2580.

76) So Boehmer, FamRZ 1959, 84 (V).

77) Vgl. RGZ 144, 91; Palandt-Gramm, § 814 Bem. 2 b.

den Ehemann durchgesetzt werden,⁷⁸⁾ obwohl dessen Schutz weiter ging als heute der des anderen Ehegatten. Entsprechendes muß für sonstige gesetzliche Ansprüche gelten, die nicht das Bestehen einer schuldrechtlichen Verpflichtung voraussetzen. Dagegen können Ersatzansprüche vertraglicher Art nicht in Betracht kommen, da ein wirksamer Vertrag nicht zustande gekommen ist.⁷⁹⁾ Ebenso kann sich der Ehegatte nicht verpflichten, für die Genehmigung seines Ehegatten einzustehen, da darin eine unzulässige Umgehung des Gesetzes läge.⁸⁰⁾ Der Dritte bedarf in diesem Falle keines Schutzes, weil er die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts auf Grund der vertraglichen Zusicherung kennt.

b) Als gesetzliche Schadensersatzansprüche kommen zunächst die Ansprüche wegen unerlaubter Handlung aus § 826 BGB und § 823 II BGB in Verbindung mit § 263 StGB in Betracht, wenn der Ehegatte den Dritten über seinen Personen- oder Güterstand oder die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft täuscht. Das ist in der Literatur unbestritten.⁸¹⁾ Dagegen kann sich der Dritte nicht darauf berufen, daß die §§ 1365, 1369 BGB Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB sind. Denn die Vorschriften dienen nicht seinem Schutze, sondern dem des anderen Ehegatten.

In der Literatur wird allgemein die Einschränkung gemacht, daß der Dritte auf Grund der §§ 823 II, 826 BGB nur das negative Interesse verlangen könne. Diese Einschränkung führt regelmäßig zum

78) Unstreitig; vgl. Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1411 Bem. 2; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1411 Bem. 1; v. Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1411 Bem. 3 f, § 1412 Bem. 1.

79) Unstreitig; vgl. z.B. Erman-Finke, GfBG, § 1366 Bem. 5; Krüger-Breetzke-Nowack, GfBG, Bem. 3 vor §§ 1365 - 1369; Bosch, FamRZ 1958, 294; Reinicke, BB 1957, 567 (III 1).

80) So Massfeller-Reinicke, GfBG, § 1366 Bem. 4 mit Nachweisen zum Meinungsstreit zu §§ 1395, 1445 ff BGB a.F.; Achilles-Greif-Beitzke, § 1365 Bem. 2; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem. 3; Zunft, NJW 1958, 131 (III); a.A. zum früheren Recht RG in JW 1924, 539 gegen die h.L.

81) Vgl. die in der vorstehenden Note Genannten und ferner Erman-Finke, GfBG, § 1366 Bem. 5; Krüger-Breetzke-Nowack, GfBG, Bem. 3 vor §§ 1365 - 1369; Bosch, FamRZ 1958, 294; Boehmer, FamRZ 1959, 6.

richtigen Ergebnis, ist aber zu allgemein gehalten. Daß nur das negative Interesse verlangt werden kann, beruht darauf, daß der Dritte zum Nachweis des Erfüllungsinteresses dartun muß, ohne das schädigende Verhalten wäre ein Vertrag und damit ein Erfüllungsanspruch entstanden. Diesen Nachweis kann er aber regelmäßig nicht mehr führen, wenn der andere Ehegatte die Genehmigung des Rechtsgeschäfts verweigert hat. Damit steht fest, daß auch ohne die schädigende Handlung der Erfüllungsanspruch nicht entstanden wäre. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die schädigende Handlung darin besteht, daß der handelnde Ehegatte durch eine unrichtige Sachdarstellung die Verweigerung der Genehmigung durch den anderen Ehegatten verursacht hat, um so vom Vertrage loszukommen. Dann kann der Dritte unter Umständen den Nachweis führen, daß der zustimmungsberechtigte Ehegatte ohne diese Täuschung das Rechtsgeschäft genehmigt hätte. Sein Schaden besteht dann im Erfüllungsinteresse.⁸²⁾

c) Die §§ 307, 309 BGB enthalten zwar gesetzliche Ansprüche, da sie nicht auf einem wirksamen Vertrag aufbauen; ihre Voraussetzungen liegen im Falle der unwirksamen Verpflichtung eines Ehegatten jedoch nicht vor. Während § 307 BGB einen nichtigen Vertrag voraussetzt, der auf eine von Anfang an objektiv unwirksame Leistung gerichtet ist, ist die Leistung, die der Ehegatte verspricht, wegen §§ 1365, 1369 BGB nur subjektiv unmöglich. Ihre Erfüllbarkeit hängt nur von dem Willen des anderen Ehegatten ab. Verpflichtet sich jemand zur Verfügung über einen Gegenstand, hinsichtlich dessen er der Verfügungsbeschränkung unterliegt, so liegt eine Unmöglichkeit der Erfüllung im Rechtssinne ebensowenig vor, wie wenn er eine fremde Sache verkauft.⁸³⁾ Der schuldrechtliche Vertrag

82) Für die ähnlichen Fälle, in denen der Verkäufer eine erforderliche behördliche Genehmigung hintertreibt, gewährt die Rechtsprechung den Ersatz des Erfüllungsinteresses: BGH LM § 242 BGB Nr. 10; RGZ 110, 356 (365) u. 129, 357 (382).

83) So RGZ 80, 247 (249); Enneccerus-Lehmann, SchuldR, § 29 I 3, 4; Palandt-Danckelmann, 16. Aufl., § 306 Bem. 3 für die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau nach § 1395 BGB a.F. Für Rechtsgeschäfte, die von einer behördlichen Genehmigung abhängig sind, vgl. RGZ 102, 294; 104, 108; JW 1931, 3449 f.

des Ehegatten ist daher nicht gemäß § 306 BGB nichtig, wie es Voraussetzung des § 307 BGB ist, sondern als Hilfsfunktion der Verfügungsbeschränkung nur schwebend unwirksam.

Boehmer und Beitzke wollen dagegen § 309 BGB in Verbindung mit § 307 BGB anwenden und dem Dritten jeweils den Ersatz des Vertrauensschadens zugestehen, weil der handelnde Ehegatte durch den Abschluß des Vertrages gegen ein gesetzliches Verbot verstoße.⁸⁴⁾ Dem kann nicht zugestimmt werden; die Rechtslage ist vielmehr ähnlich wie bei § 307 BGB. § 309 BGB setzt ebenso wie § 307 BGB, auf den die Vorschrift ausdrücklich Bezug nimmt, voraus, daß ein von Anfang an nichtiges Rechtsgeschäft gegeben ist,⁸⁵⁾ dessen Unwirksamkeit eine unmittelbare Folge des gesetzlichen Verbotes ist. Denn § 307 und § 309 BGB sollen an Stelle der fehlenden Erfüllungsansprüche Ausgleichsforderungen gewähren. Erfüllungsansprüche dürfen daher nicht mehr durch Genehmigung des Rechtsgeschäfts möglich sein. Verspricht eine in der Verfügungsbefugnis beschränkte Person eine Leistung, so ist das Versprechen nicht mit dem einer objektiv unmöglichen Leistung vergleichbar, wie es für § 309 BGB erforderlich ist, da die Leistung auf Grund der Genehmigung möglich bleibt.⁸⁶⁾ Die Leistung muß wegen des Verbots jedoch rechtlich objektiv unmöglich sein.⁸⁷⁾ Mittelbar ergibt sich diese Einschränkung auch aus § 307 BGB, auf den § 309 BGB verweist. Danach muß bereits bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts die Verbotswidrigkeit der Leistung feststehen, da nur dann eine entsprechende Kenntnis der Vertragsparteien in Betracht kommen kann. Diese Voraussetzung ist für §§ 1365, 1369 BGB nicht gegeben,

84) Boehmer, Festschrift für Hedemann, S. 44 und FamRZ 1959, 6; Beitzke, FamR, 9. Aufl., § 13 II 1.

85) Vgl. v. Staudinger-Werner, 9. Aufl., § 309 Bem. 1; Palandt-Danckelmann, BGB, § 309 Bem. 1.

86) So Ennecerus-Lehmann, SchuldR, § 30 I 1, der ausdrücklich den § 309 nur auf "völlig nichtige" Rechtsgeschäfte anwendet und nicht auf solche Verbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken und nicht unter § 134 BGB fallen. Ähnlich Schlegelberger-Vogels, Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1939, § 309 Bem. 3 u. Saueracker, Diss., S. 66.

87) Vgl. Erman-Groepper, § 309 Bem. 1 (rechtliche Unmöglichkeit).

da das Rechtsgeschäft durch Genehmigung des anderen Ehegatten wirksam werden kann und deshalb keine von Anfang an bestehende Nichtigkeit vorliegt. Die Nichtigkeit tritt erst nachträglich mit der Verweigerung der Genehmigung des Rechtsgeschäfts ein.

d) Dagegen wird man mit Boehmer⁸⁸⁾ und Ziege⁸⁹⁾ Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zulassen müssen, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind.⁹⁰⁾ Der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo setzt die Wirksamkeit eines Vertrages nicht voraus; es handelt sich vielmehr um einen gesetzlichen Anspruch.⁹¹⁾ Das Schutzinteresse des anderen Ehegatten gebietet nicht den Ausschluß dieses Anspruchs, da er immer nur auf das negative Interesse gerichtet ist, wenn der andere Ehegatte die Genehmigung des Rechtsgeschäfts verweigert. Es wird deshalb nicht, wie Zunft⁹²⁾ meint, auf diesem Wege dasselbe Ergebnis erreicht wie durch den schuldrechtlichen Vertrag. Denn mit der Verweigerung der Genehmigung kann der Dritte nicht mehr dartun, daß ohne das schädigende Verhalten bei Vertragsabschluß der Vertrag zustande gekommen und somit ein Erfüllungsanspruch entstanden wäre. Eine Täuschung des Ehegatten über seinen Personen- oder Güterstand bzw. über die Genehmigung des anderen Ehegatten ist für die Verweigerung der Genehmigung, die das Rechtsgeschäft vernichtet, nicht ursächlich. Die Täuschung kann lediglich einen Vertrauensschaden, nicht aber eine auf das Erfüllungsinteresse gerichtete Schädigung bewirken. Nur wenn der Dritte ausnahmsweise nachweisen kann, daß der Ehegatte darüber hinaus durch sein unlauteres Verhalten die Verweigerung der Genehmigung des anderen Ehegatten bewirkt hat und daß der andere Ehegatte ohne dieses Verhalten die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt hätte, besteht der Schaden im Erfüllungsinteresse. In diesem Falle ist aber der andere Ehegatte nicht schutzbedürftig, da er bei der beabsichtigten Erteilung der Zustimmung ebenfalls auf seinen Schutz verzichtet hätte.

88) Boehmer, Festschrift für Hedemann, S. 44 u. FamRZ 1959, 6.

89) Ziege, NJW 1957, 1581 (VI); 1958, 132.

90) A.A. Palandt-Lauterbach, 18. Aufl., § 1365 Bem. 3 u. Zunft, NJW 1958, 130 (III); zweifelnd Bosch, FamRZ 1958, 294r.

91) So BGHZ 6, 330 (333); Palandt-Danckelmann, § 276 Bem. 6a.

92) Zunft, NJW 1958, 130 (III).

V i e r t e r A b s c h n i t t .

Prozessuale Wirkungen der Verfügungsbeschränkungen.

Das Schwergewicht der Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten liegt naturgemäß auf dem Gebiete des materiellen Rechts. Gleichzeitig geben sie jedoch zu einigen prozessualen Fragen Anlaß.¹⁾ Diese entstehen einmal daraus, daß den Ehegatten durch die §§ 1365, 1369 BGB zwar Beschränkungen in der Verfügungsbefugnis, nicht aber in der Prozeßführungsbefugnis auferlegt sind. Zum anderen ergeben sie sich aus dem Umstand, daß § 1368 BGB beiden Ehegatten gestattet, die sich aus der Unwirksamkeit einer Verfügung ergebenden Rechte geltend zu machen.

§ 13

Die Prozeßführungsbefugnis der Ehegatten.

=====

I. Die Prozeßführungsbefugnis allgemein.

Die Frage nach dem Umfang des Prozeßführungsrechts stellt sich für beide Ehegatten, da auch der andere Ehegatte gemäß § 1368 BGB über Gegenstände, die der Verfügungsbeschränkung unterliegen, Prozesse führen kann. Sie taucht auf, weil eine Partei durch bestimmte Prozeßhandlungen Urteile herbeiführen kann, die der materiellen Rechtslage nicht entsprechen und somit im Ergebnis wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung wirken können.

1. Prozeßführungsrecht des Eigentümers.

An einer gesetzlichen Bestimmung, die dem Ehegatten die Prozeßführungsbefugnis über sein Vermögen im ganzen oder über Haushaltsgegenstände entzieht oder beschränkt, fehlt es. Eine solche Einschränkung käme auch nur für den Passivprozeß in Betracht, da

1) Die Wirkungen auf das Verfahren vor dem Grundbuchamt, die sich aus § 1365 BGB ergeben, können im Rahmen dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden.

§ 1368 BGB klarstellt, daß ihm das aktive Verfolgungsrecht zusteht. Für den Passivprozeß ergibt sich jedoch ebenfalls keine Beschränkung. Die Prozeßführungsbefugnis wird von der Verfügungsbeschränkung nicht erfaßt. Denn die Prozeßführung ist als solche keine Verfügung.²⁾

Obwohl durch die Prozeßführung Verfügungseffekte erreicht werden können, ist sie auch nicht analog einer Verfügung im Sinne der §§ 1365, 1369 BGB zu behandeln.³⁾ Denn die Prozeßführungsbefugnis ist eine rein prozessuale Beziehung einer Person zu einem bestehenden oder als bestehend hingestellten Privatrecht.⁴⁾ Sie macht den Prozeßführer zur richtigen Partei⁵⁾ und ist von seiner Verfügungsbefugnis unabhängig, wie die Fälle der gesetzlichen Prozeßstandschaft zeigen, in denen dem Prozeßführer trotz ausdrücklichen Fehlens der Verfügungsbefugnis ein uneingeschränktes Prozeßführungsrecht zusteht, wie vor allem §§ 1375, 1380 BGB a. F. beweisen. Das Gesetz hat zwar häufig gleichzeitig mit der Verfügungsbefugnis auch die Prozeßführungsbefugnis entzogen, aber eine notwendige Folge der Verfügungsbeschränkung ist das nicht. Dem Gesetzgeber stehen eben mehrere Wege offen, auf denen sich vermeiden läßt, daß ein nicht Verfügungsberechtigter auf dem Wege der Prozeßführung Verfügungswirkungen herbeiführt. Ein solcher Weg ergibt sich aus der subjektiven Begrenzung der Rechtskraftwirkung eines Urteils auf die Prozeßpartei.

2) Allg. Ansicht. Vgl. speziell zu §§ 1365 ff BGB Palandt-Lauterbach, BGB, § 1365 Bem. 2; im übrigen Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 143 II Note 10; von Staudinger-Coing, 11. Aufl., Bem. 67 vor § 104; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1380 Bem. 3; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1380 Bem. 3; Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1375 Bem. 3, § 1812 Bem. 3 und RGZ 77,34.

3) So Bosch, Freiheit und Bindung, FamRZ 1958, 86.

4) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Vorbem. IV vor § 50; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Vorbem. 4 A vor § 50; Ketterer, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, S. 79, 82.

5) Vgl. Rosenberg, Lehrb., § 45 I; Foth, Über die Sachbefugnis, ZZP 68, 359; Ketterer, aaO, S. 82.

2. Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten.

Die §§ 1368, 1369 III BGB gewähren dem zustimmungsberechtigten Ehegatten lediglich eine prozessuale Befugnis, im eigenen Namen über das fremde Recht Aktivprozesse zu führen. Der Begriff der Prozeßstandschaft umschreibt die rechtliche Stellung des anderen Ehegatten im Prozeß. Aus eigenem Recht hat er nur die prozessuale Befugnis; darin erschöpft sich seine Beziehung zum Streitgegenstand. Das Recht selbst und eine materielle Verfügungsbefugnis stehen ihm nicht zu. Auch hier gilt, daß die Prozeßführungsbefugnis nicht die Rechtsinhaberschaft oder die materielle Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand voraussetzen. Sie bestehen unabhängig voneinander. Die fehlende Verfügungsbefugnis schränkt daher das Prozeßführungsrecht des anderen Ehegatten nicht ein, wie ihm umgekehrt das Prozeßführungsrecht keine Verfügungsbefugnis verschafft.

II. Unwirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen ?

Da beide Ehegatten hinsichtlich der ihnen zustehenden Prozeßführungsbefugnis keinen Beschränkungen unterliegen, ist es ihnen auf Grund des im Zivilprozeß geltenden Dispositionsgrundsatzes möglich, durch prozessuales Verhalten oder durch bestimmte Prozeßhandlungen Urteile zu erwirken, die der materiellen Rechtslage nicht entsprechen und deshalb, wenigstens scheinbar, in die Rechte des jeweils anderen Ehegatten eingreifen.

Derartige Urteile sind wirksam, wenn sie auch auf Grund eines solchen Verhaltens eines Ehegatten ergehen. Die materielle Rechtskraft hindert eine Nachprüfung des Urteils selbst dann, wenn es auf einem unzulässigen prozessualen Verhalten beruht.⁶⁾ Der Ehegatte kann daher trotz Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts einer gegen ihn gerichteten Leistungsklage zum Siege verhelfen oder die Abweisung einer von ihm nach § 1368 BGB erhobenen Rückforderungsklage bewirken. In beiden Fällen hat er einen - nennen wir ihn zunächst so - Verfügungseffekt herbeigeführt. Umgekehrt kann der

6) Vgl. KG in KGJ 45, 264 (267) für das Anerkenntnis.

andere Ehegatte durch eine von ihm erhobene und abgewiesene Rückforderungsklage die Feststellung bewirken, daß der Dritte den Gegenstand zu Recht als Eigentümer besitzt und dadurch das subjektive Recht seines Gatten berühren.

Es ergibt sich die Frage, ob das Interesse des nicht am Prozeß beteiligten Ehegatten es verlangt, daß derartige Prozeßhandlungen oder prozessuale Verhaltensweisen, die Verfügungswirkung haben, den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichzustellen sind, so daß keine Entscheidung ergehen darf, die von der materiellen Rechtslage abweicht.

1. Tatsächliches prozessuales Verhalten.

Tatsächliches prozessuales Verhalten läßt eine Gleichstellung mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung nicht zu. Säumnis, Sachengeständnis oder Nichtbestreiten von Tatsachen können nicht unter dem Gesichtspunkt der Unwirksamkeit betrachtet werden. Als tatsächliche Handlungen liegen sie entweder vor oder nicht. Da sie jeglichen rechtsgeschäftlichen Charakters entbehren, kann die Frage nach ihrer Wirksamkeit nicht gestellt werden. Die Rechtsfolgen ergeben sich allein aus dem tatsächlichen Verhalten, das Urteilsgrundlage ist. Es ergeht daher ein Versäumnisurteil, wenn der beklagte Ehegatte, der ein Grundstück übereignen soll, in der mündlichen Verhandlung nicht erscheint, und zwar auch dann, wenn das Verpflichtungsgeschäft wegen der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB unwirksam ist. Denn die Tatsachen für die Verfügungsbeschränkung müssen von einer Partei vorgetragen werden. Bringt der Kläger selbst derartige Tatsachen nicht in den Prozeß hinein, so ist die Klage schlüssig. Denn hinsichtlich dieser Tatsachen trifft den Beklagten die Behauptungs- und Beweislast,⁷⁾ da die Verfügungsbeschränkung eine Ausnahme von der Regel bildet, daß der Rechtsinhaber verfügbefugt ist. Das Gericht kann von Amts wegen keine Ermittlungen treffen, da die §§ 1365, 1369 BGB die

7) So Schulz-Kersting, JR 1959, 82; unentschieden Bosch, Freiheit und Bindung, FamRZ 1958, 86.

geltende Verhandlungsmaxime nicht einengen.⁸⁾

2. Anerkenntnis und Verzicht.

Ebenso können der Verzicht eines Ehegatten auf seinen Anspruch (§ 306 ZPO) und das Anerkenntnis eines gegen ihn geltend gemachten Anspruchs (§ 307 ZPO) nicht einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichgestellt werden, wenn durch sie ein den §§ 1365, 1369 BGB widersprechendes Urteil bewirkt wird.⁹⁾ Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Ehegatte nicht durch Anerkenntnis oder Verzicht dieselbe Rechtswirkung soll herbeiführen können wie etwa durch Säumnis. Der andere Ehegatte kann durch die oft zufällige Wahl der Prozeßmittel nicht beeinträchtigt werden.

Entscheidend für die Behandlung von Anerkenntnis und Verzicht im Prozeß ist die umstrittene Frage, ob diese Erklärungen als reine Prozeßhandlungen anzusehen sind oder ob sie eine Doppelnatur von gleichzeitig prozessualen und materiellem Charakter enthalten. Als reine Prozeßhandlungen sind sie in den Voraussetzungen allein dem Prozeßrecht unterstellt und entfalten ausschließlich prozessuale Wirkung. Ihre Wirksamkeit richtet sich dann in erster Linie nach der Prozeß- und Postulationsfähigkeit der Partei, nicht aber nach der materiellen Verfügungsbefugnis über den Anspruch, die nicht erforderlich ist.¹⁰⁾ Die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung vertritt diese Ansicht über den rein prozessualen Charakter des Anerkenntnisses und Verzichts.¹¹⁾ Diese Meinung wird in der Tat der Natur dieser Erklärungen am meisten gerecht. Verzicht und Anerkenntnis haben eine streitbeendende Funktion und sind von der materiellen Rechtslage unabhängig. Bei ihnen tritt der Prozeßzweck, nämlich die Herbeiführung eines der

8) So zu den Verfügungsbeschränkungen allgemein Ebbecke, Die Verfügung im Prozesse, ZZP 48, 153 ff (156) und für § 1395 BGB a.F. Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 53 III 1.

9) A.A. Schulz-Kersting, JR 1959, 137 für § 1365 BGB.

10) Vgl. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen, S. 100, der die Verfügungsbefugnis nicht zu den persönlichen Voraussetzungen für eine wirksame Prozeßhandlung zählt.

11) Vgl. die umfassende Zusammenstellung der Literatur und Rechtspr. bei Baumgärtel, vgl. Note 10, S. 143 Note 2 u. 3.

materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils, bewußt hinter dem Ziele der Herstellung des Rechtsfriedens zurück.¹²⁾ Urteilsgrundlage bildet daher nicht das materielle Rechtsverhältnis, sondern das Anerkenntnis oder der Verzicht als solche.¹³⁾ Das materielle Rechtsverhältnis kann daher keine Einwirkung auf die Gültigkeit dieser prozessualen Erklärungen haben.¹⁴⁾ Soweit die Prozeßhandlungen zufällig mit einer materiellen Verfügung verbunden sind, richtet sich die Verfügung nach materiellem Recht, läßt aber die Prozeßhandlung unberührt.

Für die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten besteht kein Anlaß von dieser Kennzeichnung des Anerkenntnisses und Verzichts abzuweichen. Die §§ 1365, 1369 BGB schränken die in § 1364 BGB normierte Freiheit der Prozeßführung auch nicht für diese Prozeßhandlungen ein. Ebensowenig gebietet der Schutzzweck des nicht am Verfahren beteiligten Ehegatten, daß eine Gleichstellung mit rechtsgeschäftlichen Verfügungen erfolgt. Denn die Rechte des unbeteiligten Ehegatten werden durch ein Urteil, das der materiellen Rechtslage nicht entspricht, nicht entscheidend beeinträchtigt, da - wie noch auszuführen sein wird¹⁵⁾ - die Rechtskraft des für oder gegen den einen Ehegatten ergangenen Urteils nicht gegenüber dem anderen Ehegatten wirkt. Da demnach ein solches Urteil keinen endgültigen Verfügungseffekt herbeiführt, der auch gegenüber dem anderen Ehegatten gilt, braucht in den Prozeß selbst nicht eingegriffen zu werden. Wenn das Urteil und damit das Anerkenntnis oder der Verzicht ohnehin keine Wirkung gegenüber dem am Prozeß nicht beteiligten Ehegatten haben, ist es unnötig, die Prozeßführung hinsichtlich einzelner Handlungen von einer ihr fremdartigen Voraussetzung, nämlich der Verfügungsbefugnis, abhängig zu machen.

Das Prozeßrecht setzt diesen Gedanken voraus. Es widerspricht

12) So Baumgärtel, aaO, S. 145.

13) Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 131 I 1 sowie Baumgärtel, aaO, S. 145.

14) Ebbecke, ZZP 48, 157 läßt ein der materiellen Rechtslage widersprechendes Anerkenntnis nur dann nicht zu, wenn es sich um ein gemäß §§ 134, 138 BGB nichtiges Verpflichtungsgeschäft handelt.

15) Vgl. unten § 14.

seinem Aufbau, einzelnen Prozeßhandlungen um des Erfolges einer Verfügungsbeschränkung willen die Wirksamkeit zu nehmen. Demgemäß ist keine einzige gesetzliche Bestimmung bekannt, in der eine solche Wirkung ausgesprochen ist.¹⁶⁾ Das Prozeßrecht berücksichtigt eine fehlende Verfügungsbefugnis entweder bei dem subjektiven Umfang der Rechtskraftwirkung des Urteils, wie das z.B. in §§ 1380 S. 2, 1400 I BGB a.F., §§ 326 II, 327 II ZPO der Fall ist oder aber dadurch, daß die Prozeßführungsbefugnis insgesamt für den Aktiv- oder Passivprozeß entzogen wird.¹⁷⁾ Einzelne Prozeßhandlungen von der Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand abhängig zu machen, ist ihm fremd. Etwas anderes kann nur dort gelten, wo die beiden Korrekturmittel des Entzugs der Prozeßführungsbefugnis und der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft nicht durchführbar oder nicht wirksam sind. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Mangel der Verfügungsbefugnis im öffentlichen Interesse besteht (§ 134 BGB), weil dort die Interessen der Allgemeinheit nur im Urteilsverfahren berücksichtigt werden können. Ebenso verhält es sich z.B. dort, wo das Urteil auch ohne Rechtskrafterstreckung gegen den Geschützten wirksam ist wie z.B. bei der Prozeßführung des Vormunds in den Fällen der §§ 1821, 1822 BGB. Das Urteil wirkt gegen den Mündel als Partei; der Entzug der Prozeßführungsbefugnis des Vormunds ist andererseits nicht durchführbar. In diesen Ausnahmefällen erscheint es gerechtfertigt, einzelne Prozeßhandlungen ausnahmsweise von der Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis abhängig zu machen.¹⁸⁾ Ein solcher Ausnahmefall liegt bei den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB nicht vor, da das Korrekturmittel in Form der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft für sie eingreift.

16) Davon geht auch die oft zitierte Entscheidung des KG in KGJ 40, 157 (162) = RJA 11, 75 (79) aus, wo anerkannt wird, daß der gemäß § 1444 BGB a.F. nicht verfügungsberechtigte Ehemann prozessual zum Abschluß eines Vergleichs über das Gesamthandsgrundstück berechtigt sei, obwohl nach materiellem Recht die Zustimmung der Ehefrau zu dem Vergleich erforderlich sei.

17) Vgl. z.B. §§ 1400 II, 1443 BGB a.F.; § 2211 BGB, § 6 KO.

18) Entsprechend hält das RG in RGZ 56, 333; 133, 259 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Abschluß eines Vergleichs durch den Vormund in den Fällen der §§ 1821, 1822 BGB für erforderlich.

In der Literatur und Rechtsprechung zu der Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes im früheren gesetzlichen Güterstand und in der Gütergemeinschaft werden die Fragen meistens nicht klar genug unterschieden, ob der gemäß § 1375 BGB a.F. bzw. §§ 1444- 1446 BGB a.F. nicht verfassungsberechtigte Ehemann ein prozessuales Anerkenntnis oder einen Verzicht, die mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang stehen, überhaupt nicht wirksam erklären kann oder ob das Urteil, das auf Grund einer solchen Prozeßhandlung ergangen ist, nur keine Rechtskraftwirkung gegenüber der Ehefrau hat. Es scheint, daß die überwiegende Meinung ebenfalls den hier dargelegten Standpunkt vertritt, diese Prozeßhandlungen seien zwar zulässig und wirksam, aber ein daraufhin ergangenes Urteil könne keine Rechtskraftwirkung gegen die Ehefrau herbeiführen, wenn der Ehemann nicht über den Streitgegenstand verfügen kann.¹⁹⁾

3. Prozeßvergleich.

Wird ein Rechtsstreit über Gegenstände der §§ 1365, 1369 BGB durch einen Prozeßvergleich beendet, der materiell eine Verfügung des Ehegatten enthält, so steht die Unwirksamkeit des Vergleichs gegenüber dem anderen Ehegatten außer Zweifel. Da der Prozeßvergleich keine Rechtskraftwirkung nach sich zieht,²⁰⁾ die gemäß § 322 I ZPO allein Urteilen und ähnlichen gerichtlichen Entscheidungen vorbehalten ist, können die Erklärungen des Prozeßführers

19) So in der Rechtsprechung: KG in KGJ 40, 162 = RJA 11,79 für den Prozeßvergleich. Keine Entscheidung findet sich in dem viel zitierten Urteil des RG in RGZ 77, 34 ff, wo nicht klargestellt wird, ob die Zustimmung der Ehefrau für die Prozeßhandlung oder die Rechtskrafterstreckung erforderlich ist.

In der Literatur stellen auf die fehlende Rechtskraftwirkung ab: Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1380 Bem. 6, § 1443 I Bem. 15 A b; RGRK, 9. Aufl., § 1380 Bem. 1, 7; von Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1380 Bem. 6, andererseits aber § 1400 Bem. 5; Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 51, § 64. Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., stellt in § 1380 Bem. 3a auf die Unwirksamkeit gegenüber der Ehefrau ab, während er in § 1443 Bem. 4a für die Prozeßhandlung selbst die Zustimmung fordert.

Zustimmung für die Prozeßhandlung verlangen:

Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1380 Bem. 3, § 1443 Bem. 3 unter Hinweis auf KGJ 40, 162 = RJA 11,78, wo aber das Gegenteil ausgesprochen ist.

20) Unstreitig; vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 794 Bem. 2 B.

keine Wirkung gegenüber dem nicht am Verfahren beteiligten Ehegatten haben. Für diesen ist allein die materielle Rechtslage maßgebend, die der nicht Verfügungsberechtigte Ehegatte nicht ändern kann. Verzichtet der eine Ehegatte durch Prozeßvergleich auf einen bestehenden Rückforderungsanspruch, so ist daher der andere Ehegatte nicht gehindert, eine Rückforderungsklage gemäß § 1368 BGB zu erheben. Erkennt der Eigentümer-Ehegatte einen nicht bestehenden Anspruch auf Verschaffung eines Haushaltsgegenstandes oder des Gesamtvermögens an, so kann der andere Ehegatte im Falle der Erfüllung die Revokationsklage ebenso wie bei einer rechtsgeschäftlichen Verfügung erheben.

§ 14

Der Umfang der Rechtskraftwirkung eines Urteils im Hinblick auf
=====

§§ 1365 - 1369 BGB.
=====

Von zentraler Bedeutung ist die bereits mehrfach aufgeworfene Frage, ob ein Urteil, das für oder gegen einen der Ehegatten ergangen ist und die Leistungs- oder Rückgabepflicht hinsichtlich eines Haushaltsgegenstandes oder des Gesamtvermögens zum Inhalt hat, Rechtskraft auch gegenüber dem anderen Ehegatten wirkt. Die Frage taucht insbesondere auf, wenn einer der Ehegatten mit der Rückforderungsklage aus § 1368 BGB abgewiesen ist und der andere Ehegatte später eine Klage mit demselben Begehren erhebt. Sie wird ferner praktisch wenn ein Leistungsurteil gegen den handelnden Ehegatten ergangen ist, das auf die Verschaffung eines der Verfügungsbeschränkung unterliegenden Gegenstandes gerichtet ist und später der andere Ehegatte den Gegenstand von dem Dritten mit der Behauptung zurückverlangt, die Zwangsvollstreckung des Urteils sei ihm gegenüber unwirksam, da sie sich als Verfügung im Sinne der §§ 1365, 1369 BGB darstelle.

Im Gesetz findet sich keine spezielle Vorschrift, in der die Frage nach der Rechtskrafterstreckung geregelt ist. Die Lösung ist daher aus allgemeinen Grundsätzen unter besonderer Berücksichtigung der Schutztendenz der §§ 1365, 1369 BGB zu ermitteln.

In der Literatur haben sich für eine Erstreckung der Rechtskraftwirkung des für oder gegen einen Ehegatten ergangenen Urteils auf den anderen Ehegatten ausgesprochen: Massfeller- Reinicke,²¹⁾ Beitzke²²⁾, Schulin²³⁾ und Schulz-Kersting²⁴⁾, alle ohne oder nur mit kurzer Begründung. Gegen eine Erstreckung der Rechtskraft des Urteils auf den nicht am Prozeß beteiligten Ehegatten wenden sich Baur²⁵⁾, Koeniger²⁶⁾ und zweifelnd Finke²⁷⁾ und Lauterbach²⁸⁾.

I. Keine Rechtskrafterstreckung.

Man könnte geneigt sein, eine Erstreckung der Rechtskraft des für oder gegen einen der Ehegatten ergangenen Urteils auf den anderen Ehegatten schon deshalb anzunehmen, weil der andere Ehegatte bei einer Klage nach § 1368 BGB zwar im eigenen Namen handelt, aber das fremde Recht des verfügenden Ehegatten geltend macht, wenn er dessen Eigentum herausverlangt. Ob damit der materielle oder prozessuale Anspruch eines jeden der beiden Ehegatten gegen den Dritten derselbe ist und deshalb die Identität des Entscheidungsgegenstandes als eine der Voraussetzungen für die Rechtskrafterstreckung gegeben ist, kann dahingestellt bleiben. Denn es wird sich zeigen, daß die subjektiven Voraussetzungen für eine Rechtskrafterstreckung eindeutig nicht vorliegen.

Selbst wenn die von den beiden Ehegatten erhobenen Ansprüche identisch sind, so hindert diese Tatsache keineswegs eine gegensätzliche Entscheidung über ihre Existenz. Denn die Rechtskraft eines Urteils schafft nach der herrschenden prozessualen Rechtskrafttheorie keinen materiellen Anspruch, sondern nur eine prozeßrechtliche Bindung der Parteien des Verfahrens an die Entscheidung.

22) Beitzke in Achilles-Greif, BGB, § 1368 Bem. 7.

23) Schulin, DRiZ 1959, 79.

24) Schulz-Kersting, JR 1959, 137.

25) Baur, FamRZ 1958, 257.

26) Koeniger, DRiZ 1959, 375.

27) Erman-Finke, GlBG, § 1368 Bem. 2.

28) Palandt-Lauterbach, BGB, § 1368 Bem. 3.

21) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1368 Bem. 3.

dung über den Streitgegenstand.²⁹⁾ Wird also beispielsweise der verfügende Ehegatte mit seiner Herausgabeklage gegen den Dritten abgewiesen, so vernichtet diese Entscheidung, wenn sie unrichtig ist, den materiellen Anspruch nicht, sondern er gilt nur im Verhältnis der Parteien als nicht bestehend. Zwar wird häufig eine einheitliche Entscheidung über den Anspruch dann anzustreben sein, wenn verschiedene Personen ihn geltend machen können. Aber das kann nur im Wege der Rechtskrafterstreckung geschehen; die Folge ergibt sich nicht schon aus der Wirkung der Rechtskraft selbst.

Rechtskrafterstreckung bedeutet Ausdehnung der Rechtskraftwirkungen eines Urteils auf eine Person, die selbst nicht am Prozeß als Partei beteiligt war. Dazu bedarf es im allgemeinen einer gesetzlichen Bestimmung, da sie sich als Ausnahme von dem Grundsatz des § 325 I ZPO darstellt, daß die Rechtskraft nur die Parteien des Prozesses und deren Rechtsnachfolger bindet.³⁰⁾ Der Grund dafür liegt in dem Verhandlungsgrundsatz, der im Zivilprozeß gilt und es den Parteien ermöglicht, unrichtige Urteile herbeizuführen, ohne daß im Prozeß die Interessen Dritter gewahrt würden. Die Entscheidung soll ohne Einfluß auf die Rechtsverhältnisse solcher Personen bleiben, die auf die Urteilsfindung keinen Einfluß hatten.³¹⁾ Das gilt auch für den Fall der Prozeßstandschaft. Ein Urteil, das der Träger des Rechtsverhältnisses erwirkt hat, gilt nicht ohne weiteres für oder gegen den zur Verfolgung des Anspruchs Ermächtigten, wie ebenso das Urteil, das der Prozeßstandschafter erwirkt hat, nicht für oder gegen den Träger des Rechtsverhältnisses

29) Diese schon von Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 12 ff eingehend dargelegte Bedeutung der Rechtskraft ist heute herrschende Lehre. Eingehend dazu Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 148 II; ferner die Nachweise bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 322 II 1 und Wieczorek, ZPO, § 322 Bem. D II.

30) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., § 325 I 1; Kisch, Das Reichsgericht und der Parteibegriff, S. 24, 30; RGZ 71, 201 (203); 80, 322.

31) Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 151 II 1; Ketterer, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, S. 108.

gilt.³²⁾ Vielmehr richtet sich auch in den Fällen der Prozeßstand-
schaft die Wirkung der Rechtskraft zunächst allein gegen die
Prozeßparteien, d.h. gegen diejenigen Personen, von welchen
oder gegen welche das Rechtsschutzgesuch im eigenen Namen als
Kläger oder Beklagte an das Gericht gestellt wird.³³⁾ Nach diesem
für die ZPO maßgebenden, formellen Parteibegriff ist nur der pro-
zeßführende Ehegatte Partei im Sinne des § 325 I ZPO; ihn trifft die
Rechtskraft des Urteils. Der formelle Parteibegriff mit seiner
Wirkung auf den subjektiven Umfang der Rechtskraft gilt auch für
die Prozeßstandschaft; er ist sogar eigens für sie geschaffen wor-
den, um die Verfolgung Rechte Dritter durch einen Rechtsfremden
als Partei zu ermöglichen.³⁴⁾ Mit ihm sollte die Wirkung, daß die
Rechtskraft eines Urteils primär für und gegen den Rechtsträger
wirkt, durchbrochen werden, da seit Hellwig³⁵⁾ die Prozeßstand-
schaft als unabhängig von der Verfügungsbefugnis des Prozeßfüh-
rers gilt und nur die prozessuale Befugnis enthält, über das frem-
de Recht zu streiten.

Da es an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt, die eine Rechts-
krafterstreckung des von einem Ehegatten im Rahmen der §§ 1365 -
1369 BGB erwirkten Urteils auf den anderen Ehegatten anordnet,
kann nur noch eine analoge Anwendung bestehender gesetzlicher Vor-
schriften in Betracht kommen. Tatsächlich lassen sich aus den ge-
setzlichen Vorschriften, die eine Rechtskrafterstreckung anordnen,
einige Gruppen bilden, die Grundgedanken erkennen lassen, welche
allgemeine Gültigkeit besitzen und deshalb eine Ausdehnung auf andere
Fälle zulassen, in denen eine Person als Repräsentant für eine

32) So Rosenberg, Lehrb., § 45 III 4 und Stein-Jonas-Schönke-
Pohle, ZPO, § 325 Bem. V 1. Die Fragestellung Schulins (DRiZ
1959, 79) ist daher bedenklich, wenn er die Rechtskrafter-
streckung schon deshalb bejahen will, weil kein Grund für
ihre Ablehnung ersichtlich sei.

33) Zu dem formellen Parteibegriff Rosenberg, Lehrb., § 39 I 1;
Kisch, Das Reichsgericht und der Parteibegriff, S. 15, 24 ff;
Foth, Über die Sachbefugnis, ZZP 68, 359.

34) Vgl. Henckel, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung,
ZZP 70, 448 ff (456, 461).

35) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 302 ff.

andere Person zu handeln befugt ist.³⁶⁾ Zu ihr rechnen vor allem die Prozeßstandschaften in einigen Fällen und die Parteien kraft Amtes. Rechtskrafterstreckung war z. B. angeordnet gemäß § 1380 S. 2, § 1525, § 1550 II BGB a.F. Sie ist ferner unter bestimmten Voraussetzungen festgelegt für den Nacherben gemäß § 326 ZPO und den Erben bei einer Prozeßführung des Testamentsvollstreckers (§ 327 ZPO). Diese Fälle der Rechtskrafterstreckung beruhen alle darauf, daß der Prozeßführer kraft eines eigenen Verwaltungsrechts die Ansprüche des Rechtsinhabers nach außen hin repräsentiert. Weitere Voraussetzung ist aber, daß der Repräsentant des Vermögens hinsichtlich des Gegenstandes, auf den sich die Prozeßführung bezieht, verfügungsbefugt ist. Denn die Rechtskraft des Urteils darf gegen den zurückgedrängten Vermögensinhaber oder Anwartschaftsgläubiger (bei der Nacherbschaft) nur dann wirken, wenn dadurch nicht unzulässigerweise in dessen Recht eingegriffen wird. Zu Eingriffen in die Rechte des Dritten ist der Vermögensverwalter andererseits nur soweit befugt, als er rechtsgeschäftliche Verfügungen vornehmen kann. Soweit der Vermögensverwalter nicht zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen befugt ist, muß auch eine Rechtskrafterstreckung ausgeschlossen sein. Denn sonst könnte der Prozeßführer auf diesem Wege zu einer Verfügungswirkung gelangen. Ebenso könnte umgekehrt der Eigentümer durch die Prozeßführung in die Rechte des Prozeßstandschafters eingreifen, wenn dieser an das Urteil gebunden würde. Es läßt sich daher der Satz aufstellen, daß in allen Fällen der Repräsentation eine Rechtskrafterstreckung nur dann in Betracht kommt, wenn der Prozeßführer allein zur Ver-

36) Zu den verschiedenen, analogiefähigen Gruppen der Rechtsnachfolge, Repräsentation, der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung und der rechtsgestaltenden Kraft des Urteils vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 325 I 1. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung ..., § 8, geht von zwei analogiefähigen Gruppen aus. Der Fall, daß der Prozeßführer materiellrechtlich die Verfügungsmacht über den Gegenstand hat und deshalb befähigt ist, mit Wirkung gegen den Rechtsinhaber zu prozessieren (Hellwig, S. 57), entspricht genau dem, was hier Repräsentation genannt wird.

fügung über den streitigen Gegenstand befugt ist.³⁷⁾ Eine Betrachtung des § 1380 BGB a.F., der §§ 326, 327 ZPO, die den Ausgangspunkt der Untersuchung bildeten, bestätigen den Satz. Nach ihnen werden die Ehefrau, der Nacherbe oder der unter Testamentsvollstreckung stehende Erbe nur dann an ein Urteil gebunden, das der Ehemann, der Vorerbe oder der Testamentsvollstrecker bewirkt haben, wenn diese zur rechtsgeschäftlichen Verfügung über den Gegenstand befugt sind. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bestimmen sich daher in diesen Fällen nach materiellem Recht.

Eine Betrachtung der §§ 1365, 1369 BGB ergibt, daß zwar jeder Ehegatte ohne Mitwirkung des anderen Gatten den Rückforderungsanspruch des § 1368 BGB geltend machen kann, was auf eine Repräsentation hindeutet, daß aber keinem der beiden Ehegatten eine alleinige Verfügungsbefugnis hinsichtlich der in §§ 1365, 1369 BGB genannten Gegenstände zusteht. Der in der Verfügungsbefugnis beschränkte Vermögensinhaber kann sich durch rechtsgeschäftliche Verfügungen nicht über die Rechtsposition des anderen Ehegatten hinwegsetzen. Andererseits kann auch der andere Ehegatte über das subjektive Recht des Vermögensinhabers nicht verfügen.

Die Folge dieses Mangels ist, daß eine Erstreckung der Rechtskraftwirkungen des für oder gegen einen Ehegatten herbeigeführten Urteils auf den anderen Ehegatten ausscheiden muß. Andernfalls könnte der handelnde Ehegatte die Verfügungsbeschränkung umgehen und der zustimmungsberechtigte Gatte ohne Ermächtigung hinsichtlich eines fremden subjektiven Rechts Verfügungswirkungen herbeiführen. Beides ist aber vom Gesetz nicht gewollt. Vielmehr gebietet die Schutztendenz der §§ 1365, 1369 BGB, daß der andere Ehegatte den

37) Ebenso Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung..., S. 57; Rosenberg, Lehrb., § 45 III 4; Henckel, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, S. 462, 463. Lent, Die prozessuale Stellung des Konkursverwalters, S. 281 stellt für die Rechtskrafterstreckung ebenfalls auf die materielle Verfügungsbefugnis ab. Das RG erklärt in RGZ 92, 153 (155) für § 1380 BGB a.F.: "Für die Erstreckung der Rechtskraftwirkung des Urteils gegenüber der Frau ist also offensichtlich nur die Verfügungsmacht des Mannes wesentlich."

Gegenstand einer verbotswidrigen Verfügung auch dann noch herausverlangen kann, wenn gegenüber dem handelnden Ehegatten die Herausgabepflicht des Dritten verneint worden ist.³⁸⁾ Und andererseits findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt für die Annahme, der zustimmungsberechtigte Ehegatte dürfe durch eine unrichtige Prozeßführung subjektive Rechte des Eigentümer-Ehegatten aufgeben.

II. Die Gegenansichten.

Die Ansicht von Massfeller-Reinicke, Beitzke, Schulin und Schulz-Kersting über die Rechtskrafterstreckung läßt sich nicht aufrechterhalten.³⁹⁾

Diese Autoren können das materiell und prozessual nicht gerechtfertigte Ergebnis nicht dadurch erreichen, daß sie bestimmte Prozeßhandlungen wie rechtsgeschäftliche Verfügungen behandeln, wie das vor allem Schulz-Kersting⁴⁰⁾ zu § 1365 BGB versucht. Abgesehen davon, daß nach der hier vertretenen Auffassung Prozeßhandlungen der Ehegatten nicht analog den rechtsgeschäftlichen Verfügungen der §§ 1365, 1369 BGB behandelt werden können, versagt diese Methode wegen des im Zivilprozeß geltenden Verhandlungsgrundsatzes. Das Verbot der Amtsermittlung ermöglicht es den Parteien ohne weiteres, ein unrichtiges Urteil zu bewirken. Die Methode versagt ferner, wenn das Urteil nicht auf einer prozessualen Willenserklärung, sondern auf einem tatsächlichen Verhalten der Partei wie Säumnis oder Tatsachengeständnis beruht.

⁴¹⁾
Massfeller-Reinicke begründen die Rechtskrafterstreckung mit dem Hinweis auf den Rechtszustand, der zu §§ 1444 - 1449 BGB a.F. bestanden habe, die den §§ 1365, 1368 BGB in etwa entsprechen. Hinsichtlich dieser Bestimmungen habe vor allem Planck⁴²⁾ eine

38) So Baur, FamRZ 1958, 257; vgl. auch Erman-Finke, GlBG, § 1368 Bem. 2.

39) Die Zitate finden sich oben in Noten 21 - 24.

40) Schulz-Kersting, JR 1959, 137. Zu der Ablehnung seines Erfüllungsbegriffs vgl. oben § 2 III.

41) Massfeller-Reinicke, GlBG, § 1368 Bem. 2; Reinicke, BB 1957, 568.

42) Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1443 I Bem. 15 A e, § 1449 Bem. 1. Ähnlich Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., § 1443 Bem. 4a, b, § 1449 Bem. 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 325 Bem. IV 1, ohne daß diese Autoren die Fälle der §§ 1444 ff BGB a.F. besonders behandeln.

Rechtskraftwirkung des Urteils auch gegenüber der Ehefrau angenommen. Der Ausgangspunkt von Massfeller-Reinicke ist jedoch unrichtig. Denn auch für die Prozeßführung des Ehemannes im früheren Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft gab es entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen eine Rechtskrafterstreckung nur insoweit, als der Prozeßführer über den Gegenstand des Prozesses verfügen konnte. Der das Gesamtgut verwaltende Ehemann konnte daher zwar einen Rechtsstreit regelmäßig mit Wirkung gegen die Ehefrau führen, da er weitgehende Verfügungsbefugnisse hinsichtlich des Gesamtgutes innehatte (§ 1443 BGB a.F.). Die Grenze seiner Verfügungsbefugnis und damit der Rechtskrafterstreckung waren aber in §§ 1444 - 1449 BGB a.F. aufgezeigt. Der Ehemann konnte sich in einem Prozeß über ein Gesamtgutsgrundstück nicht über das Miteigentum der Ehefrau hinwegsetzen. Beide Ehegatten waren hinsichtlich des Grundstücks nicht allein Verfügungsberechtigt. Diese Einschränkung des Grundsatzes, daß für die Gütergemeinschaft nach altem Recht Urteile, die gegen den Ehemann ergingen, regelmäßig auch gegen die Ehefrau wirkten, wird gemeinhin übersehen.⁴³⁾ Sie ist aber bereits von Hellwig⁴⁴⁾ und auch von Planck, auf den sich Massfeller-Reinicke daher zu Unrecht berufen, anerkannt worden. Planck's Kommentar enthält die ausdrückliche Bemerkung⁴⁵⁾, daß Urteile, die auf Grund einer Prozeßhandlung des Ehemannes ergehen, die eine Verfügung enthalten, gegenüber der Ehefrau ebenso unwirksam sind wie eine außergerichtliche Verfügung des Mannes, zu der er nicht Verfügungsbefugt ist. Die gegenteilige Ansicht in Soergel's Kommentar⁴⁶⁾ enthält sich einer Begründung.

43) Auch Baur, FamRZ 1958, 256 verwertet diese Einschränkung nicht und gelangt daher zu einer ungenauen Begründung für die Ablehnung der Rechtskrafterstreckung, indem er sich auf eine unterschiedliche Behandlung der §§ 1365 ff BGB und der §§ 1444 ff BGB a.F. beruft.

44) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 336.

45) Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1443 Bem. I 15 A b.

46) Soergel, BGB, 8. Aufl., § 1443 Bem. 1. Dort wird zu Unrecht auf RGZ 69, 177 und KG in "Recht" 30 Nr. 575 hingewiesen. Die Entscheidung des RG sagt nichts zu der anstehenden Frage aus. Das KG befaßt sich dagegen nur mit der Frage, ob im Falle des § 1444 BGB a.F. ein Titel gegen den Ehemann genüge, um vollstrecken zu können, was zu Recht bejaht wird. Über die materielle Wirksamkeit des Urteils und der Vollstreckung auch gegenüber der Ehefrau wird nichts ausgesagt.

Die Entscheidung des Kammergerichts vom 26. Okt. 1903⁴⁷⁾, die ebenfalls eine Rechtskrafterstreckung im Falle der §§ 1444 - 1446 BGB a.F. auf die Ehefrau annimmt, geht von unrichtigen Voraussetzungen aus und gelangt demgemäß zu einem unrichtigen Ergebnis. Das KG sieht den Ehemann als Vertreter des Gesamtguts an, so daß das Urteil nach Vertretungsgrundsätzen auch gegenüber der Ehefrau wirke. Diese Ansicht läßt sich jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbaren, das in §§ 1443, 1444 BGB a.F. eindeutig erklärt, der Ehemann handele im eigenen Namen und könne sich (nicht etwa die Gesamthand) im Falle des § 1444 BGB a.F. nicht wirksam verpflichten. Auch § 1443 II BGB a.F. spricht gegen die Stellung des Mannes als Vertreter des Gesamtguts oder der Gesamthandsgemeinschaft. Da das Gesamtgut keine juristische Person ist, scheidet eine Vertretung dafür aus. Soll aber die Gesamthandsgemeinschaft vertreten werden, so müssen die einzelnen Mitglieder verpflichtet werden, wenn die Verpflichtung die Gesamthand treffen soll. Aber eine Verpflichtung der Ehefrau konnte der Ehemann nach § 1443 II BGB a.F. gerade nicht vornehmen, wie auch § 1444 BGB a.F. klarstellt. Es liegt daher keine Vertretungsmacht des Ehemannes in § 1443 BGB a.F. vor, sondern nur eine Verfügungsermächtigung.⁴⁸⁾ Die Frage, ob das gegen den Mann ergangene Urteil auch gegen die Frau wirkt, kann daher nicht nach Vertretungsgrundsätzen, sondern nur nach allgemeinen Gedanken der Rechtskrafterstreckung bei fehlender Verfügungsbefugnis beantwortet werden, wie es hier geschehen ist.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß Urteile, die für oder gegen einen Ehegatten ergehen, auch dann nicht Rechtskraft gegen den anderen Ehegatten wirken, wenn das Urteil seine Grundlage in einem Rechtsgeschäft gemäß §§ 1365, 1369 BGB hat.

47) KG in KGJ 26, A 260 = OLG 9, 113.

48) So auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 330; Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1443 Bem. 2; Erman-Gerstberger, 2. Aufl., § 1443 Bem. 2; Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 60 IV, VI; RG in SeuffA 71 Nr. 31.

Auswirkungen der fehlenden Rechtskrafterstreckung.

I. Keine Einrede der Rechtshängigkeit.

Da das für oder gegen einen Ehegatten ergangene Urteil nicht Rechtskraft gegenüber dem anderen Ehegatten wirkt, kann der Dritte nicht die Einrede der Rechtshängigkeit erheben, wenn zunächst der eine und später der andere Ehegatte gemäß § 1368 BGB auf Rückgabe des veräußerten Gegenstandes klagt. Voraussetzung der Einrede ist nämlich entweder die Identität der Prozeßparteien (§ 263 II Ziff. 1 ZPO) oder die Folge, daß das Urteil des ersten Prozesses Rechtskraft gegenüber dem Kläger des zweiten Prozesses äußert.⁴⁹⁾ Denn es hat nur dann Sinn, die später erhobene Klage zu verhindern, wenn sie durch den bereits anhängigen Prozeß ihre Erledigung findet. Das ist aber bei verschiedenen Prozeßparteien und bei fehlender Rechtskrafterstreckung nicht der Fall.

II. Keine Umschreibung des Titels.

Da es an einer entsprechenden Vorschrift fehlt, kann dem einen Ehegatten nicht eine vollstreckbare, auf seinen Namen lautende Ausfertigung des Titels erteilt werden, den der andere Ehegatte bewirkt hat. Darin liegt wiederum eine Bestätigung für die Ansicht von der fehlenden Rechtskrafterstreckung. Wenn das Gesetz schon keine andere Entscheidung über die Rückgabepflicht des Dritten zulassen wollte, so hätte es nahegelegt, dem anderen Ehegatten den Weg einer erneuten Klage zu ersparen und die Umschreibung des Titels auf ihn zuzulassen. Sieht man das Wesen der materiellen Rechtskraft in dem Verbot einer erneuten Sachverhandlung und Entschei-

49) So Rosenberg, Lehrb., § 98 II 2 und für § 1380 BGB a.F.
Planck-Unzner, 4. Aufl., § 1380 Bem. 17;
v. Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., § 1380 Bem. 7;
RGRK (Buchwald), 9. Aufl., § 1380 Bem. 7.

dung,⁵⁰⁾ so wäre eine solche Bestimmung überhaupt unerlässlich gewesen, da sonst der andere Ehegatte den Rückforderungsanspruch trotz der rechtskräftigen Verurteilung des Dritten nicht durchsetzen könnte. Daß die Vorschrift fehlt, spricht gegen eine Rechtskrafterstreckung.

III. Mittel zur Ausdehnung der Rechtskraft.

Aus der Ablehnung der Rechtskrafterstreckung des gegen den Ehegatten ergangenen Leistungsurteils auf den zustimmungsberechtigten Ehegatten entstehen Nachteile nur für den Dritten. Dieser ist der Gefahr ausgesetzt, einen Gegenstand, den er durch die Leistungsklage mühevoll erstritten hat, an den anderen Ehegatten wieder herausgeben zu müssen. Diese für den Dritten zwar unangenehme Folge, die sich aus der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft ergibt, erscheint aber als verhältnismäßig geringer Nachteil im Vergleich zu den Folgen, die für den zustimmungsberechtigten Ehegatten aus einer Erstreckung der Rechtskraftwirkung des Leistungsurteils auf ihn entstehen würden. Denn der Dritte kann den Nachteil von sich aus verhindern, indem er den anderen Ehegatten durch eine Klage in den Prozeß einbezieht. Demgegenüber kann der am Leistungsprozeß nicht beteiligte Ehegatte eine ihm nachteilige Entscheidung oft nicht vermeiden, weil er von dem Verfahren keine Kenntnis hat und deshalb dem Prozeß nicht als Streithelfer gemäß §§ 66 ff ZPO beitreten kann, obwohl die Nebenintervention grundsätzlich rechtlich zulässig ist.⁵¹⁾ Dabei entsteht dem Dritten aus einer gleichzeitigen Klage gegen den anderen Ehegatten kaum ein Kostenrisiko, da sich die Gerichtskosten nach dem einfachen Streitwert der

50) Die Ansichten darüber, ob die materielle Rechtskraft ein Verbot erneuter Sachverhandlung oder nur ein Verbot der abweichenden Entscheidung enthält, sind in der Literatur und Rechtsprechung geteilt. Vgl. zum Stand der Meinungen Habscheid, Der Streitgegenstand..., Bielefeld 1956, S. 283 mit umfassenden Nachweisen. Danach vertreten z.B. Bötticher, Bettermann, Pagenstecher, Rosenberg, Nikisch und Lauterbach die Meinung des "ne bis in idem", während Schönke, Stein-Jonas, Seuffert-Walsmann und das RG in ständiger Rechtsprechung nur eine abweichende Entscheidung nicht zulassen.

51) Ebenso Baur, FamRZ 1958, 257r; Achilles-Greif-Beitzke, BGB, § 1368 Bem. 7.

Leistungsklage errechnen, weil es sich hier - ebenso wie bei den Leistungs- und Duldungsklagen - nur um einen einheitlichen Anspruch handelt, der in verschiedene Richtungen Wirkungen ausser⁵²⁾

In der Literatur sind verschiedene Vorschläge gemacht worden, die Wege aufzeigen, auf denen der Dritte eine Feststellung gegen den anderen Ehegatten erreichen kann, um so dessen spätere Rückforderungsklage auszuschließen.

1. Finke⁵³⁾ und Koeniger⁵⁴⁾ schlagen eine Streitverkündung entsprechend § 72 ZPO an den anderen Ehegatten innerhalb des Leistungsprozesses vor. Dieser Weg erscheint mit Baur⁵⁵⁾ nicht gangbar. Denn § 72 ZPO trifft nur zu, wenn der Dritte im Falle eines für ihn ungünstigen Prozeßausgangs Ansprüche erheben kann oder befürchten muß. Hier aber muß der Dritte gerade umgekehrt bei einem günstigen Prozeßausgang mit der Rückforderungsklage des anderen Ehegatten rechnen. Für diesen Fall kommt § 72 ZPO nicht in Frage.⁵⁶⁾ Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung, die Schulin⁵⁷⁾ bejaht, erscheint nicht zulässig, da kein Bedürfnis besteht, den klaren Wortlaut des § 72 ZPO und seinen ebenso klaren Sinn zu erweitern; denn der Dritte kann eine Rechtskraftwirkung gegen den anderen Ehegatten durch eine selbständige Feststellungsklage erreichen, ohne daß ihm ein großes Kostenrisiko auferlegt würde.

2. Bosch⁵⁸⁾ schlägt vor, dem Dritten die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung oder eine ähnlich formulierte Klage zu gewähren. Auch dieser Weg erscheint nicht gangbar. Einmal fehlt es an

52) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 5 Bem. 2 B b; Wieczorek, ZPO, § 5 Bem. B III.

53) Finke in Erman, GlBG, § 1368 Bem. 2.

54) Koeniger, DRiZ 1959, 375 (V).

55) Baur, FamRZ 1958, 257 I.

56) So RG in SA 68, 131 (Nr. 75); Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 72 Bem. 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 72 Bem. III 2; Wieczorek, ZPO, § 72 Bem. II c.

57) Schulin, DRiZ 1959, 79 I.

58) Bosch, Freiheit und Bindung, FamRZ 1958, 86.

einer gesetzlichen Regelung für diese besondere Klage. Darüber hinaus läßt sich die Duldungsklage vor allem ihrem Wesen nach nicht auf das Rechtsverhältnis des Dritten zu dem anderen Ehegatten anwenden. Zweck der gegen den anderen Ehegatten zu richtenden Klage ist es allein, einer künftigen Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Dritten vorzubeugen. Dagegen erschöpft sich die Funktion der echten Duldungsklagen, wie sie uns in §§ 737, 739 a.F., 743, 748 II ZPO entgegentreten, nicht in einer solchen negativen Abwehrwirkung, die schon durch eine Feststellungsklage erreicht werden kann. Vielmehr entspricht es dem Wesen der Duldungsklage, daß sie eine Vollstreckung erst ermöglicht, indem sie Vollstreckungshindernisse beseitigt. Die Duldungsklage erschöpft sich insbesondere nicht in der bloßen Feststellung, daß ein bestimmtes Vermögen für eine Schuld haftet, obwohl darin ein allgemein anerkanntes Merkmal dieser Klagen liegt.⁵⁹⁾ Dann wäre die Duldungsklage bloße Feststellungsklage. Tatsächlich ist es aber inzwischen eindeutig überwiegende Meinung, daß sie eine Leistungsklage darstellt.⁶⁰⁾ Der Verurteilte, dessen Haftung das Duldungsurteil ausspricht, wird zum Schuldner, wodurch formell bestehende Vollstreckungshindernisse beseitigt werden, die sich aus seiner bisherigen Stellung als einem Dritten ergaben, der nicht am Verfahren beteiligt war.⁶¹⁾ Es ist die besondere Eigenart der Duldungsklage gegenüber der Feststellungsklage, daß jene den Beklagten zum Leistungsschuldner macht, um so Vollstreckungshindernisse auszuräumen. Dieser besondere Zweck der Duldungsklage kann aber in einer Klage, die gegen den zustimmungsberechtigten Ehegatten gerichtet ist, nicht wirksam werden. Ihre Funktion, bestehende Vollstreckungshindernisse zu beseitigen, hat bereits § 739 ZPO übernommen.

59) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Bem. II 1 b vor § 253 mit vielen Nachweisen und neuerdings Lent, ZZP 70, 401 ff (411, 414); Beitzke, ZZP 68, 249.

60) Vgl. die Übersicht bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Bem. II 1 b vor § 253. Leistungsklage nehmen außer den dort Genannten an: Rosenberg, Lehrb., § 85 I 2, § 179 III 2; Lent, ZZP 70, 412; Enneccerus-Kipp-Wolff, FamR, 7. Bearb., § 56 V 2.

61) So Lent, ZZP 70, 411, 414; ähnlich Rosenberg, Lehrb., § 179 III 2 und Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Bem. II 1 b vor § 253.

3. Soweit durch die Klage gegen den anderen Ehegatten verhindert werden soll, daß dieser während der Zwangsvollstreckung die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO oder später die Rückforderungsklage aus § 1368 BGB erhebt, braucht die Duldungsklage nicht bemüht zu werden. Allerdings schließt auch sie die Intervention des anderen Ehegatten aus. Aber diese Wirkung beruht nur auf dem ihr innewohnenden Feststellungselement. Dieses kann bereits mit der dafür eigens vorgesehenen Feststellungsklage erreicht werden, die deshalb allein geeignet erscheint, späteren Klagen des anderen Ehegatten aus § 771 ZPO und § 1368 BGB vorzubeugen. Baur⁶²⁾ hält demgemäß zu Recht nur eine negative Feststellungsklage gegen den anderen Ehegatten für zulässig. Der Antrag kann lauten, festzustellen, daß das näher bestimmte Rechtsgeschäft nicht der Zustimmung des beklagten Ehegatten bedürfe oder daß dieser im Falle der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung keinen Rückforderungsanspruch geltend machen könne.

Voraussetzung dieser Klage ist ein Rechtsschutzbedürfnis, das sich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt (§ 256 ZPO). Der andere Ehegatte muß zu erkennen gegeben haben, daß er das Rechtsgeschäft nicht gegen sich gelten lassen will.

§ 16

Maßnahmen des anderen Ehegatten gegen die zwangsweise Durch-
=====

setzung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung.
=====

Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen greift nicht in die Rechte des zustimmungsberechtigten Ehegatten ein. Eine solche Vollstreckung kann der andere Ehegatte daher nicht verhindern, auch

62) Baur, FamRZ 1958, 257. Eine negative Feststellungsklage lassen ebenfalls zu: Krüger-Breetzke-Nowack, GlBG, § 1368 Bem. 1; Palandt-Lauterbach, BGB, § 1368 Bem. 3; Schuln, DRiZ 1959. 79.

wenn sie in Haushaltsgegenstände erfolgt oder das gesamte Vermögen in Anspruch nimmt. Die Rechtsposition des anderen Ehegatten kann nur durch eine Vollstreckungsmaßnahme beeinträchtigt werden, die einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichkommt, gegen die er geschützt werden soll. Das ist nur bei Titeln der Fall, die auf Verschaffung eines Rechts an einem Haushaltsgegenstand oder am Gesamtvermögen des handelnden Ehegatten gerichtet sind.

Da auch zur Vollstreckung solcher Titel keine Duldungsklage gegen den anderen Ehegatten erforderlich ist, kann aus ihnen vollstreckt werden, auch wenn die Rechte des anderen Ehegatten dadurch beeinträchtigt werden. Die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts kann im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Es fragt sich, welche Mittel dem anderen Ehegatten zur Verfügung stehen, die Vollstreckung derartiger Urteile zu verhindern.

I. Die Klage aus § 771 ZPO.

Der andere Ehegatte hat kein dingliches Recht an dem Vermögen seines Gatten, das als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO angesehen werden könnte. Seine Rechtsposition besteht aus einer andersartigen Berechtigung, die sich aus der Anordnung der Verfügungsbeschränkung ergibt und die als Zustimmungsbefugnis zu den Rechtsgeschäften der §§ 1365, 1369 BGB und als Prozeßbefugnis gemäß § 1368 BGB sichtbar in Erscheinung tritt. Ob diese Rechtsposition die Klage aus § 771 ZPO rechtfertigt, wenn gemäß § 894 ZPO in das Gesamtvermögen oder in Haushaltsgegenstände des handelnden Ehegatten vollstreckt wird, richtet sich danach, ob diese Rechtsposition eine vermögensrechtliche Zuordnung der in §§ 1365, 1369 BGB genannten Gegenstände zugunsten des anderen Ehegatten zum Inhalt hat. Denn die vermögensrechtliche Zuordnung ist maßgebend für das Widerspruchsrecht eines Dritten nach § 771 ZPO,⁶³⁾ da diese Vorschrift verhindern soll, daß durch die Zwangsvollstreckung in bestehende Rechte des Dritten eingegriffen wird. -

63) Vgl. Westermann, SachR, § 8 Bem. 4.

§ 1368 BGB gewährt dem anderen Ehegatten ein solches Recht nicht. Der Rückforderungsanspruch entsteht erst mit der Zwangsvollstreckung und kann als künftige Berechtigung einer gegenwärtigen Zwangsvollstreckung nicht entgegenstehen. § 1368 BGB enthält lediglich einen Folgetatbestand nach einer verbotswidrigen Verfügung. Das Widerspruchsrecht kann sich nur aus den Grundnormen der §§ 1365, 1369 BGB selbst ergeben.

Für die Frage, ob die §§ 1365, 1369 BGB dem anderen Ehegatten ein Widerspruchsrecht gewähren, ist von Bedeutung, daß die für § 771 ZPO maßgebende Zuordnung nicht notwendig in einem dinglichen Recht an der Sache, einem Sachenrecht im eigentlichen Sinne, zu bestehen braucht. Für § 771 ZPO genügt entsprechend seinem Ziel bereits, daß dem Dritten an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine sonstige Berechtigung eingeräumt ist. Diese muß allerdings in einer unmittelbaren Rechtsbeziehung der Person zur Sache selbst bestehen; ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Sache reicht nicht aus, da durch einen solchen Anspruch die Zuordnung unberührt bleibt. Als Berechtigung, die kein Sachenrecht im eigentlichen Sinn ist, kommt vor allem die Verfügungsbefugnis des Dritten über den Gegenstand der Zwangsvollstreckung in Betracht. Diese hat ihre Quelle in der Rechtsinhaberschaft; sie ergibt sich bei Sachen unmittelbar aus dem Eigentum und ist eine der zahlreichen Erscheinungsformen, in denen sich das Eigentumsrecht konkretisiert. Sie ist deshalb eine Berechtigung an der Sache selbst, ein Zuordnungssplitter. Steht dem Dritten die Verfügungsbefugnis als eigenes Recht und nicht nur im Interesse des Eigentümers zu, so gibt sie dem Dritten ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO.

Mit diesem Ergebnis ist die Frage, ob dem anderen Ehegatten ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung von Titeln zusteht, die nach § 894 ZPO eine Verfügung über Gegenstände des ehelichen Haushalts oder über das Vermögen im ganzen bewirkt, noch nicht beantwortet. Denn der andere Ehegatte hat an den in §§ 1365, 1369 BGB genannten Gegenständen seines Ehegatten kein eigenes Verfügungsrecht; vielmehr ist die Verfügungsbefugnis des Eigentümer-Ehegatten lediglich von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig.

Aus § 772 ZPO läßt sich jedoch herleiten, daß diese bloße Mitwirkungsbefugnis als ausreichend anzusehen ist, um dem anderen Ehegatten ein Widerspruchsrecht zu gewähren. Nach § 772 ZPO kann derjenige, der durch ein relatives Veräußerungsverbot, also ebenfalls durch eine Verfügungsbeschränkung, geschützt wird, die Drittwiderspruchsklage erheben, wenn durch die Zwangsvollstreckung in seine Rechtsposition eingegriffen wird. Im Gegensatz zu § 774 ZPO, wo die Interventionsbefugnis auch auf dem Verwaltungsrecht des anderen Ehegatten beruhen kann, ist in § 772 ZPO eindeutig, daß nur die Verfügungsbeschränkung die Interventionsklage begründet, da dem durch das relative Veräußerungsverbot Begünstigten kein Verwaltungsrecht an den Gegenständen zusteht, welche dem Verbot unterliegen. Wenn auch bei den sonstigen Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau nach § 1395 BGB a.F., des Erben nach § 2211 BGB und des Gemeinschuldners nach §§ 6, 7 KO die Klage aus § 771 ZPO nicht ausdrücklich zugelassen worden ist, so besagt das nicht, daß in diesen Fällen die Klage nicht gegeben und deshalb § 772 ZPO eine Ausnahmenvorschrift wäre. Das Gesetz brauchte in diesen Fällen nicht besonders auszusprechen, daß die Klage aus § 771 ZPO gegeben ist, weil sie sich schon aus dem Verwaltungsrecht des Ehemannes, des Testamentsvollstreckers und des Konkursverwalters ergibt. Jedenfalls besteht kein Zweifel, daß diesen Vermögensverwaltern ein Interventionsrecht zusteht, wenn lediglich aus einem Titel gegen den Vermögensinhaber vollstreckt wird.⁶⁴⁾

Die ZPO behandelt daher die durch eine Verfügungsbeschränkung begünstigte Person in beiden Fällen gleich, ob ihr mit der Verfügungsbeschränkung gleichzeitig eine eigene Verfügungsbefugnis oder nur ein Zustimmungsrecht zu der Verfügung eingeräumt wird. In beiden Fällen steht ihr ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zu. Das ist folgerichtig. Denn auch die Person, von deren Zustimmung die Wirksamkeit der Verfügung abhängig ist, hat echten Anteil an der Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers. Rechtsinhaber

64) So Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 185 III 2 b;
Baumbach-Lauterbach, 24. Aufl., § 771 Bem. 6 unter Stichwort
"Sondervermögen"; Wleczorek, ZPO, § 772 Bem. A I a 1, 2, 4.

und Zustimmungsberechtigter üben die Verfügungsbefugnis gemeinsam aus. Somit ist dem anderen Ehegatten durch §§ 1365, 1369 BGB eine Berechtigung an den dort genannten Gegenständen eingeräumt, die sein Widerspruchsrecht begründet.

Das so gefundene Ergebnis entspricht allein dem Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB. Da das Zustimmungsrecht des anderen Ehegatten eigens dafür geschaffen ist, rechtsgeschäftliche Verfügungen über das Gesamtvermögen und über Haushaltsgegenstände zu verhindern, muß der Vorrang der Interessen des anderen Ehegatten auch dann gelten, wenn die rechtsgeschäftliche Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung ersetzt werden soll, da es sich dem Charakter nach um eine Verfügung rechtsgeschäftlichen Ursprungs handelt. Es liegt kein Grund vor, den anderen Ehegatten hinsichtlich seines vorrangigen Interesses an der Erhaltung des Gesamtvermögens und der Haushaltsgegenstände im Zwangsvollstreckungsverfahren anders zu behandeln als bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen, da beide Erfüllungshandlungen ihren Ursprung in dem verbotswidrig abgeschlossenen und unwirksamen Rechtsgeschäft haben. Vielmehr ist es gerade der Zweck des § 771 ZPO, dem Dritten die Möglichkeit zu geben, die Zwangsvollstreckung in all den Fällen zu verhindern, in denen der Schuldner bei entsprechender rechtsgeschäftlicher Verfügung in seinen Rechtskreis eingreifen würde und der Kläger deshalb den Schuldner an der Verfügung hindern könnte.⁶⁵⁾ Da die Schutzposition des anderen Ehegatten eine rechtsgeschäftliche Verfügung seines Ehegatten verhindert, muß der zustimmungsberechtigte Ehegatte dementsprechend auch die zwangsweise Durchsetzung der Verfügung untersagen können. Mit einer ähnlichen Begründung hält Baur⁶⁶⁾ die Klage aus § 771 ZPO für gegeben.

Die Drittwiderspruchsklage des anderen Ehegatten greift nur ein, wenn der Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB vereitelt wird. Das ist nur bei Titeln der Fall, die eine Rechtsverschaffung an Gegenständen der §§ 1365, 1369 BGB zum Inhalt haben. Die §§ 772 - 774 ZPO zeigen, daß die Klage auf bestimmte Titel beschränkt sein

65) Zu diesem Inhalt des § 771 ZPO vgl. RGZ 116, 366; Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 185 III 2.

66) Baur, FamRZ 1958, 256r.

kann, so daß auch insofern keine Bedenken gegen sie bestehen.

II. Erinnerung nach § 766 ZPO ?

Der zustimmungsberechtigte Ehegatte kann dagegen seine Rechte nicht im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO geltend machen. Denn dieses Verfahren ist nur solchen Rügen vorbehalten, die das formelle Verfahren der Vollstreckungsorgane betreffen; materiellrechtliche Rügen können nicht erhoben werden.⁶⁷⁾ Beruft sich der zustimmungsberechtigte Ehegatte gegenüber der Zwangsvollstreckung auf die Verfügungsbeschränkung seines Gatten, so macht er tatsächlich sein eigenes materielles Recht geltend, das sich aus der Verfügungsbeschränkung für ihn ergibt. Daß zu der Zwangsvollstreckung seine Zustimmung erforderlich ist, ist ein materiellrechtlicher Einwand. Die Zustimmung ist nicht formelle Vollstreckungsvoraussetzung; da ein Titel gegen den anderen Ehegatten zur Zwangsvollstreckung nicht erforderlich ist, findet sie formell ordnungsgemäß statt, auch wenn eine rechtsgeschäftliche Verfügung der §§ 1365, 1369 BGB ersetzt wird.

Das Erinnerungsverfahren wäre auch nicht geeignet, über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu entscheiden. Es würde in einem Verfahren mit freigestellter mündlicher Verhandlung darüber beschlossen, ob das Urteil überhaupt noch vollstreckt werden kann, solange die Verfügungsbeschränkung besteht. Gegenstand der Entscheidung ist nicht nur ein jederzeit behebbarer Verfahrensmangel, sondern die materielle Frage, ob die Verfügungsbeschränkung eingreift. Zur Klärung dieser Frage ist das Urteilsverfahren besser geeignet.

67) Vgl. Rosenberg, Lehrb., 8. Aufl., § 183 II 1; Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl., § 766 Bem. 2 A.

Lebenslauf.

Am 18. Dezember 1930 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Bernhard Lauhoff und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Steffenkock in Everswinkel, Kreis Warendorf, geboren. Nach 4 Volksschuljahren besuchte ich ab Herbst 1941 das Gymnasium Laurentianum zu Warendorf. Nach zwischenzeitlicher kriegsbedingter Unterbrechung des Schulbesuchs für 2 Jahre bestand ich dort im Herbst 1952 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich 7 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Münster (3), Freiburg (1) und Münster (3). Am 16. Juni 1956 legte ich beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Im Anschluß daran trat ich in den Referendar-Vorbereitungsdienst ein, den ich am 1. Dezember 1960 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung abschloß. Gegenwärtig bin ich in der Kommunalverwaltung tätig.

